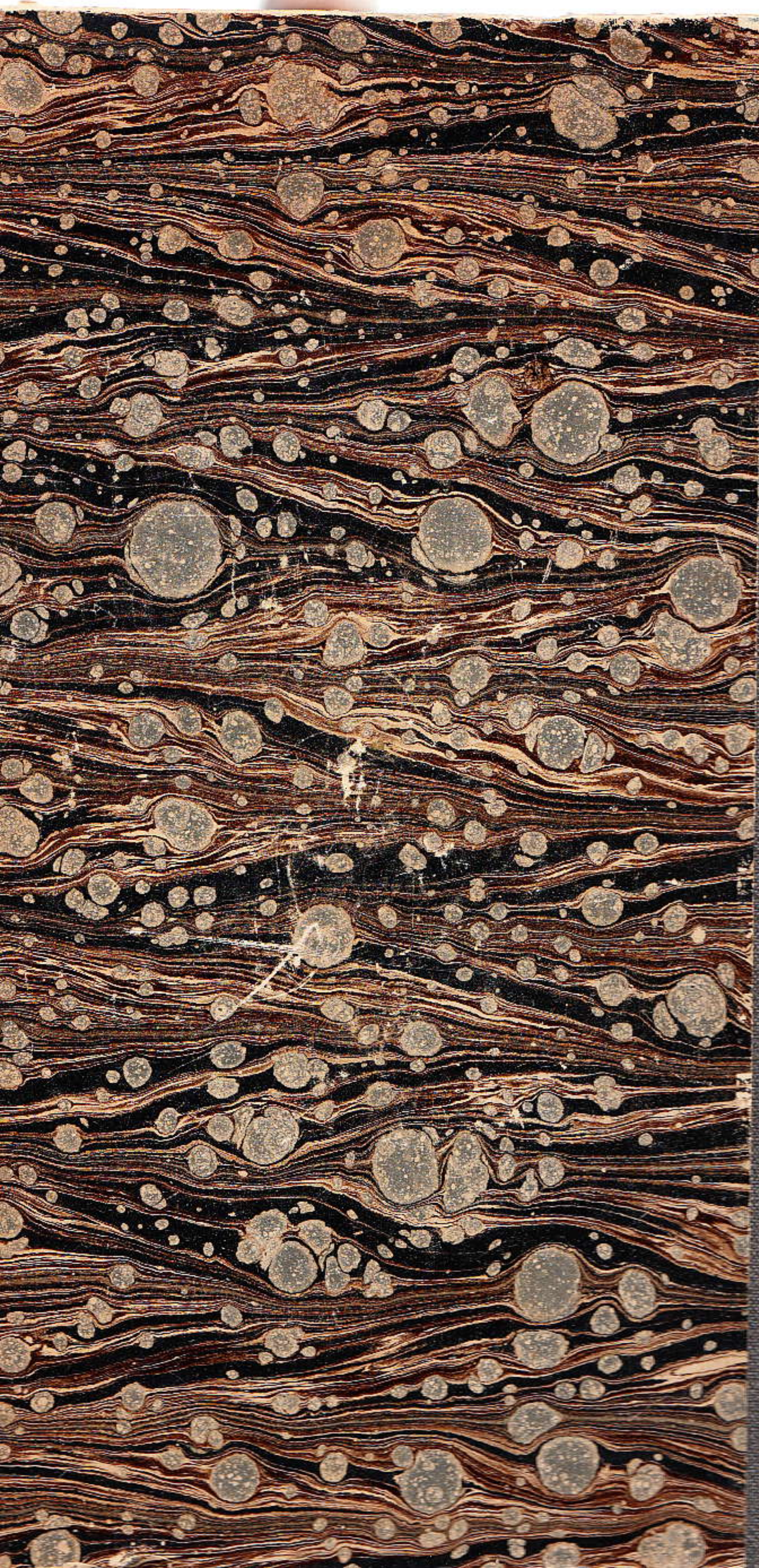


Kornfel

Sozial

Machtverhä

Soziale Machtverhältnisse

Grundzüge
einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte
auf soziologischer Grundlage.

Von

Dr. Ignatz Kornfeld
in Wien.

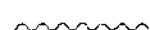


Wien, 1911.
Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung
I., Kohlmarkt 20.

Soziale Machtverhältnisse



Grundzüge
einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte
auf soziologischer Grundlage.



Von

Dr. Ignatz Kornfeld
in Wien.



Wien, 1911.
Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung
I., Kohlmarkt 20.

Buchdruckerei der Manzschen k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, Wien.

Vorwort.

Seit altersher ist die Rechtslehre von dem Dogma beherrscht, das positive Recht sei seinem Wesen nach ein Komplex von Normen, welche an die Mitglieder der Rechtsgesellschaft ergehen, ihnen rücksichtlich ihres äußeren Verhaltens Verpflichtungen auferlegen und mittels der Verpflichtungen Befugnisse gewähren. Dieses Dogma wird in der Rechtsliteratur, trotz der stetig wachsenden Einsicht, daß Rechtsgesetze die unendliche Mannigfaltigkeit des Rechtslebens nicht erschöpfen, für nahezu unantastbar gehalten. Selbst jene juristischen Schriftsteller, die hervorheben, daß die Rechtsregeln außer ihrer normativen auch eine tatsächliche Geltung haben, wollen letztere einer neben der juristischen einhergehenden soziologischen Betrachtungsweise des positiven Rechtes vorbehalten. Die Jurisprudenz soll eine „praktische Disziplin“ sein und bleiben, was ebenso viel bedeutet, als ihr den Rang einer echten Wissenschaft abzusprechen. Denn Wissenschaft ist nichts anderes, als ein in allgemeinen Sätzen geordnetes Wissen; Wissen aber setzt ein Objekt voraus, das die menschliche Vernunft — entweder in sich selbst oder in ihren Lebenserfahrungen — als etwas ihr Gegebenes, ihrer Willkür Entrücktes vorfindet.

Das vorliegende Buch unternimmt es, jenes Dogma von dem normativen Wesen des positiven Rechtes zu bekämpfen, und darzulegen, daß positives Recht als ein System tat-

sächlicher Regeln des gesellschaftlichen Lebens begriffen werden muß, denen eine normative Funktion nur infolge dieser ihrer tatsächlichen Geltung zukommt. Es soll gezeigt werden, daß der Inhalt gesetzgeberischer Gebote und Verbote den realen Erscheinungen des Rechtslebens niemals adäquat ist; und es soll zugleich eine Auffassung der tatsächlichen Regelmäßigkeiten des Rechtslebens entwickelt werden, welche ein Verständnis dieser Erscheinungen als Realitäten ermöglicht. Zu diesem Zwecke wird versucht, aus dem sozialen Wesen des positiven Rechtes realistische Erklärungen abzuleiten:

für das Rechtsleben als System sozialer Machtverhältnisse (Kap. I—III);

für die Rechtsquellen (Kap. IV);

für die Daseinsbedingungen und das Wesen der wichtigsten Rechtsverhältnisse (Kap. V—VII);

für das Unrecht und seine Folgen (Kap. VIII).

Unter einer realistischen Erklärung verstehe ich jene, welche die Erscheinungen des Rechtslebens in nackter Wahrhaftigkeit, ohne allen Flitter von Fiktionen erfaßt und unter Begriffe bringt. Die Entbehrlichkeit jedweder Fiktionen ist meines Erachtens der beste und schärfste Prüfstein für die Reinheit des Spiegels, welchen alles wissenschaftliche Denken seinem Objekte, somit auch die Rechtswissenschaft dem ihrigen, entgegenzuhalten berufen ist.

Indem ich nach langem Zögern dieses Werk der Öffentlichkeit übergebe, bin ich mir dessen vollkommen bewußt, daß die Kühnheit des Planes nicht anders als durch eine überzeugende Kraft seiner Ausführung und durch seine pragmatischen Ergebnisse gerechtfertigt werden kann. Nur um

einer mißverständlichen Beurteilung im Voraus zu begegnen, möchte ich schon an dieser Stelle hervorheben, daß sein Gegenstand mit dem „Rechte, das mit uns geboren ist," nichts zu tun hat. Hier ist ausschließlich die Frage vom positiven Rechte als einer erfahrungsmäßig bestimmten Art von Regeln gesellschaftlichen Zusammenlebens, wie es uns sowohl in der historischen Erfahrung als in der unmittelbaren Erfahrung des täglichen Lebens entgegentritt, und von den aus diesen Regelmäßigkeiten resultierenden realen Rechtsverhältnissen, die als soziale Machtverhältnisse charakterisiert werden.

Ebensowenig darf eine Ausgestaltung der gewonnenen Resultate ins Einzelne erwartet werden. In dem engen Rahmen der vorliegenden Abhandlung, welche nicht eine neue Rechtslehre, sondern Prolegomena für eine solche enthalten soll, konnte nur eine grundsätzliche Erörterung der für das Rechtsleben wichtigsten Begriffe Raum finden; und selbst bei der Darstellung des so begrenzten Stoffes wurde die möglichste Konzentration und Selbstbeschränkung, insbesondere rücksichtlich der Auseinandersetzung mit anderen Lehrmeinungen beobachtet. Ich bin der Ansicht, daß hiedurch zwar vielleicht die bereitwillige Aufnahme des Gebotenen auf Seite eines flüchtigen Lesers beeinträchtigt, dagegen aber die denkende Mitarbeit auf Seite jener — möglicherweise nur einer Minderheit oder einer entfernteren Zukunft angehörenden — Leser, welche dem Gegenstande ein gesinnungsverwandtes Interesse entgegenbringen, gefördert wird.

Der Verfasser.

Inhaltsverzeichnis.



I. Kapitel.

Einleitung.

§ 1. Ausgangspunkt.

1. Wir wollen das positive Recht als einen Inbegriff tatsächlich geltender Regeln des gesellschaftlichen Zusammenlebens der Menschen begreifen. An diese Aufgabe herantretend lehnen wir das Axiom der herrschenden Rechtslehren, wonach die Rechtsregeln ihrem begrifflichen Wesen nach Normen, Imperative und Erlaubnisse, seien, welche an die einzelnen Gesellschaftsmitglieder von einer über ihnen stehenden Autorität erlassen werden, wie immer man diese definieren möge, ab. Solange jenes Axiom den Ausgangspunkt bildet, können reine Erfahrungsbegriffe vom rechtsgesellschaftlichen Zusammenleben und von dessen einzelnen Erscheinungen unseres Erachtens nicht gewonnen werden. Denn Imperative und Erlaubnisse führen nur unter der Voraussetzung, daß sich die Menschen ihnen gemäß verhalten, zu den positiv geltenden Rechtsordnungen als realen Erkenntnisobjekten. Die Erkenntnis von Normen als solchen kann nur deduktiv und analytisch vorgehen: sie befaßt sich nicht mit tatsächlichen Erscheinungen des Rechtslebens, sondern mit einem von einer gesetzgebenden Autorität gebildeten Gedankensysteme, welches dem Leben selbständig gegenübersteht und an und für sich davon unberührt bleibt, ob das Leben ihm gerecht wird oder nicht. Da Gedanken nur mittels der Sprache erfaßt und erforscht werden, so erübrigt einer solchen Doktrin kein anderer Inhalt als derjenige einer „Erforschung des wahren Willens des Gesetz-

gebers“, eines „Sein-sollenden“ oder „Geschehen-sollenden“ im Gegensatze zu dem „Seienden“ oder „Geschehenden“. Aber nur Seiendes oder Geschehendes und deren tatsächliche Verhältnisse sind Objekte einer Erfahrungswissenschaft. Was wir als tatsächliche Verhältnisse des Rechtslebens tagtäglich in unendlicher Mannigfaltigkeit objektiv vor Augen haben, die reale Macht des Herrschers, des Beamten, des Eigentümers, des Gläubigers, die realen Machtbeschränkungen der einzelnen Untergebenen, der Nichteigentümer, der Schuldner, sind der Normenlehre „Konstruktionen“, subjektive künstliche Gedankengebilde ohne objektives Dasein, lediglich zu dem Behufe geschaffen, um den Gedankeninhalt der Normen leichter und bequemer zusammenzufassen.

In diese Gedankensphäre gebannt muß die Wissenschaft des positiven Rechtes unvermeidlich zwischen einer die autoritativen Vorschriften betreffenden Interpretationslehre und einem System von Fiktionen, die sich bewußt aller Realität entschlagen, schwanken. Sie ist nicht, wie die übrigen Wissenschaften, eine Herrin, welche einen ihr objektiv gegebenen Stoff mittels Begriffs- und Urteilsbildung zu einem Gedankensystem umgestaltet, sondern eine Dienerin, welche von den subjektiven Ideen eines Gesetzgebers abhängt, und darauf beschränkt ist, deren Inhalt aus ihrem Ausdrucke zu erforschen, wenn sie sich auch, wie es guter Diener Art ist, hin und wieder herausnimmt, sie zu korrigieren. Sie wird von der angewandten Logik mit Recht in das Gebiet der Hermeneutik verwiesen.

Die Unbefriedigung, man kann sagen, Widerwilligkeit, der diese Art wissenschaftlicher Behandlung des positiven Rechtes in erleuchteten Geistern, zumal seit die naturwissenschaftlichen Methoden eine so unermeßliche Fruchtbarkeit gezeitigt haben, in immer steigendem Maße begegnet, hat in neuerer Zeit zu Auffassungen geführt, welche an der Möglichkeit einer eigent-

lichen Wissenschaft vom positiven Rechte verzweifeln und an deren Stelle ein unbestimmtes und unbestimmbares subjektives Gefühl von dem, was, sei es allgemein, sei es im einzelnen Falle, geschehen solle, setzen zu müssen glauben. Aber auch diese Meinungen halten zumeist an der vermeintlichen Natur des Rechtes als eines Geschehen-sollenden fest; nur daß sie die, bald als ausschließliche, bald als suppletorische betrachtete Quelle des Geschehen-sollens, den Autor der Normen, in einem subjektiven Gefühle jedes einzelnen suchen. Die subjektive Meinung des Beurteilers oder Richters von einer dem einzelnen Falle angemessenen Lösung soll als — ausschließlich für diesen Fall — normgebende Autorität zu derjenigen des Gesetzgebers, dieselbe ergänzend, wohl auch berichtigend, hinzutreten.[1])

2. In grundsätzlichem Gegensatze zu allen diesen, das positive Recht mit einem Systeme von Imperativen und Erlaubnissen identifizierenden Lehren, welche weiterhin unter dem Sammelnamen „Normentheorien“[2]) zusammengefaßt werden, setzen wir uns zur Aufgabe, das positive Recht als ein System tatsächlich geltender Regeln des gesellschaftlichen Lebens, also soziologisch, zu erklären, und hiedurch die Wissenschaft vom positiven Rechte, soweit sie nicht bloß Anwendungslehre oder Technik, sondern allgemeine Rechtslehre ist, denselben logischen Methoden zuzuführen, welche auf allen anderen Gebieten theoretischen Wissens befolgt werden. Diese Aufgabe ist mit den öfters bereits unternommenen, niemals aber zur durchgängigen Ausführung behufs Erklärung der einzelnen Rechtsinstitute gelangten Versuchen, in die allgemeine Rechtslehre eine „naturwissenschaftliche“ Methode einzuführen, nicht in eine Linie zu stellen. Denn auch diese Versuche beharrten durchwegs bei der Grundvorstellung, die Regeln des positiven Rechtes seien ihrem logischen Charakter nach Imperative, die irgend

ein höherer Wille an jedes einzelne Mitglied einer menschlichen Gesellschaft richte. Sie liefen darauf hinaus, zwischen der Natur und dem positiven Rechte Analogien zu suchen, die in Gleichnissen und Redefiguren ihren Ausdruck finden, ohne pragmatische Früchte, sei es für die Erklärung der Rechtserscheinungen, sei es für das praktische Rechtsleben. Eine empirische Rechtslehre ist aber nicht davon bedingt, daß ihr Objekt zu den, exakten Kausalitätsgesetzen unterliegenden, Naturerscheinungen gehöre. Unser Prinzip tatsächlicher Geltung deckt sich auch nicht mit dem öfters geäußerten Gedanken, daß ebenso wie den normativen Regeln der Ethik und der Logik auch den Rechtsregeln eine Regelmäßigkeit des tatsächlichen Verhaltens der einzelnen Menschen parallel gehe. Denn jener Gedanke bezieht sich auf den Begriff eines „Rechtes", das als Vernunftpostulat an die einzelnen Menschen gerichtet ist, somit eine selbständige aprioristisch normative Geltung besitzt, sodann erfahrungsgemäß von den Menschen befolgt wird. Wir haben es mit „Recht" in diesem ethischen Sinne überhaupt nicht zu tun. Das „Recht", welches wir zu erkennen suchen, erfüllt das in historischer Erfahrung gegebene gesellschaftliche Leben der Menschen, und ist, abgesehen von diesem, ihm vorausgehend, überhaupt nicht vorhanden. Die tatsächliche Geltung oder Positivität bildet somit ein wesentliches Merkmal unseres Erkenntnisobjektes; nur darf tatsächliche Regelgeltung nicht mit Wirklichkeit, die nur Einzelerscheinungen zukommt, verwechselt werden. Die so verstandene tatsächliche Geltung erachten wir als das primäre Wesen der Rechtsregeln, zu welcher deren normative Bedeutung für jeden einzelnen an der Gesellschaft Teilnehmenden als sekundäre Funktion hinzutritt.

Die Möglichkeit einer auf dieser Grundauffassung beruhenden Theorie des positiven Rechtes muß sich aus ihrer Darlegung, ihre pragmatische Bedeutung muß sich aus ihren

Resultaten, aus der Erklärung der wichtigsten Erscheinungen des Rechtslebens, ergeben. Nur um das Wagnis eines Unternehmens, welches das derzeit herrschende Axiom vom Normencharakter des positiven Rechtes und zahlreiche daraus abgeleitete Grundsätze bekämpft, im voraus einigermaßen zu rechtfertigen, mögen einleitungsweise die folgenden Bemerkungen zur Kritik der Normenlehre Raum finden.

§ 2. Die Irrealität der Normentheorien.

1. Jede Norm, gleichviel ob Imperativ oder Erlaubnis, muß entweder von einem (befehlenden oder erlaubenden) Willensträger und dessen Ideen oder von einem tatsächlich geltenden Gesetze und den diesem immanenten Zwecken ausgehen. Von diesen beiden möglichen Normenquellen wird in den herrschenden Rechtstheorien nur die erstgenannte, eine substanzielle geistige Autorität, ein über der Gesellschaft oder den Gesellschaftsmitgliedern schwebender und sie irgendwie beeinflussender oder bestimmender persönlicher Willensträger ins Auge gefaßt. Das positive Recht wird als ein Verwirklichung heischendes Gedankensystem, hervorgebracht von einer einheitlichen geistigen Autorität, und diese Autorität wird entweder als eine transzendente (Gott oder reine Vernunft) oder als eine dem Erfahrungsbereiche angehörende erklärt. Für eine Wissenschaft des positiven Rechtes können transzendente Anforderungen nicht in Betracht kommen. Denn die Rechtsregeln entstehen, ändern sich und vergehen in der Zeit und mit der Zeit, sie sind in verschiedenen Ländern und in verschiedenen Gesellschaften verschiedene, oft einander widerstreitende, sie können daher keine Vernunftnotwendigkeit in sich tragen. Normen, welche der Vernunftnotwendigkeit entbehren, welche an einen nach Zeit und Raum bestimmten Menschenkreis gerichtet sind, und beständigem Wechsel nach Raum und Zeit unterliegen,

können nur einer der Erfahrungswelt angehörenden Quelle entstammen. Wer von dem Axiom ausgeht, daß diese Quelle nur eine substanzielle Autorität sein kann, muß daher ein denkendes und wollendes Subjekt, eine Persönlichkeit, postulieren, welche die Rechtsnormen schafft, indem sie deren gedanklichen Inhalt produziert, sprachlich formt und mit dem Charakter eines Befehles oder einer Erlaubnis ausstattet.

Es ist nun gewiß von vornherein sehr befremdlich, daß über die Natur und das Wesen dieses überall vorausgesetzten rechtsschöpferischen Subjektes die mannigfaltigsten und widerstreitendsten Meinungen bestehen; schon dies weist darauf hin, daß ein solches Subjekt in der realen Welt nicht zu finden ist. Den Personen, welche das jeweilige Staatsoberhaupt bilden, kann die rechtsschöpferische Kraft nicht innewohnen. Mag das Staatsoberhaupt eine einzelne Person oder ein Kollegium oder eine Volksversammlung sein: niemals ist es im stande, die volle Bedeutung und Tragweite der von ihm enunzierten Gesetzformeln zu erfassen. Die abstrakten Worte und Sätze dieser Formeln gelangen im Laufe der Zeiten zu verschiedenen Auffassungen und Anwendungen, an die ihre Verfasser nicht dachten, die sie nicht voraussahen und nicht voraussehen konnten Es ist aber widersinnig, von einem autoritativen Befehle, dessen Inhalt seinem Autor nicht bewußt ist, nicht bewußt sein kann, zu sprechen. Rechtssätze, deren Sinn dem Gesetzgeber fremd ist oder fremd war, können nicht seinem Denken und Wollen entsprungen sein. (Vgl. § 13, Z. 5.)

Diesem Bedenken entgeht man auch dann nicht, wenn man der Lehre Labands[3]) folgend, den Gesetzesinhalt und einen ihn begleitenden Befehl „lex esto" unterscheidet. Der gesetzgeberische Imperativ würde demnach nicht dahin lauten, daß ein bestimmter Rechtssatz (als Inhalt der Gesetzesformel), sondern dahin, daß die Gesetzesformel, wie immer auch ihr Inhalt jetzt oder in Zukunft verstanden werden möge, von

den Untertanen befolgt werde: „Verhaltet euch, wie geschrieben steht“, gleichgültig ob der Befehlende und wie er das Geschriebene versteht. Abgesehen von der Herabwürdigung, welche darin liegt, das Wesen des Rechtes in einem Befehle zu erblicken, dessen das Wohl und Wehe der Rechtsgenossen ergreifende Bedeutung und Tragweite seinem Autor fremd und unverstanden bleibt, kann diese Trennung von Befehl und Befehlsinhalt den gegen die Normentheorie erhobenen Vorwurf der Irrealität nicht entkräften. Denn das „lex esto“ ist an und für sich eine Velleität, Wort und Wunsch ohne soziale Bedeutung, solange ihm nicht eine weiter zurückliegende Rechtsregel zur Seite steht, des Inhaltes, daß seinem Autor tatsächlich gehorsamt wird. Dies ergibt sich am deutlichsten, wenn beachtet wird, daß nicht jedes beliebige „lex esto“ des Staatsoberhauptes das Inslebentreten von Rechtsregeln vermittelt, sondern nur ein in bestimmten Formen und unter bestimmten Bedingungen ausgesprochenes. Gewiß aber kann die allgemeine Rechtsregel des Gehorsams nicht selbst wieder für eine gesetzgeberische Norm gehalten werden. Die Dazwischenschiebung eines Staatsverfassungsgesetzes vermag hieran nichts zu ändern. Denn wenn das „lex esto“ ohne die tatsächliche Regel des Gehorsams sozialer Bedeutung entbehrt, so könnte eine solche auch dem „lex esto“ eines weiter zurückliegenden, als „Staatsgrundgesetz“ bezeichneten Befehles, der den Gehorsam gegenüber dem späteren „lex esto“ anordnen soll, nicht beigemessen werden.

Zur Realität, zu einer dem gesellschaftlichen Leben der Menschen innewohnenden Regelmäßigkeit gelangt somit der Gesetzesbefehl erst vermöge einer Regel des Gehorsams, die unter die Kategorie des Gewohnheitsrechtes fällt. Damit aber ergibt sich die weitere Frage: Wer ist der befehlende Autor des Gewohnheitsrechtes? Wenn die Gesetzesbefehle nur vermöge eines gewohnheitsrechtlichen Gehorsams

gelten, so kann nicht umgekehrt wieder der Bestand des Gewohnheitsrechtes auf einen Befehl des Gesetzgebers zurückgeführt, somit der Gesetzgeber nicht als Autor des Gewohnheitsrechtes angesehen werden.

2. Die Einsicht, daß die Autorität der Gesetzgebungsorgane selbst nur auf positivem Rechte beruht, drängt zur Aufstellung einer anders gearteten Autorität, für welche verschiedene Namen: „Allgemeiner Willen", „Gesamtwillen", „Verbandswille", „Volksgeist" angewendet werden. Diese Namen können einen zweifachen Sinn haben: sie enthalten entweder die logische Anforderung zur Vorstellung eines substanziellen Willensträgers, einer Persönlichkeit, oder aber die logische Anforderung zur Vorstellung einer Regel tatsächlichen Wollens und Verhaltens der Gesellschaftsmitglieder.

Wer — wie die Normentheorien — das Wesen des positiven Rechtes primär als ein System von Imperativen und Erlaubnissen begreifen will, muß sich der ersten Alternative anschließen, weil ein Befehl oder eine Erlaubnis ohne ein befehlendes oder erlaubendes Willenssubjekt nicht denkbar ist. Wer hingegen das positive Recht, wie es in den nachfolgenden Ausführungen geschieht, als ein System von Regeln eines tatsächlichen Verhaltens der Gesellschaftsmitglieder zu erkennen sucht, wird der Hypostasierung einer Gesamtwillenspersönlichkeit entraten können und müssen. Diese Hypostasierung hat schlechthin keinen anderen Anlaß, als eben die Theorie, welche die Rechtssätze als Imperative und Erlaubnisse erklärt. Andere Attribute, Eigenschaften oder Wirksamkeiten einer unter jenen Namen zu denkenden Persönlichkeit, als eben jene vermeintlichen Imperative oder Erlaubnisse, sind weder sinnlich noch geistig wahrnehmbar, somit nicht gegeben. Man deduziert also die supponierte Existenz eines substanziellen Gesamtwillens aus der supponierten Natur des positiven Rechtes als eines Systems von Normen; findet aber für eben diese supponierte Natur

des positiven Rechtes keine andere Erklärung als die Supposition eines der Gesellschaft innewohnenden persönlichen Willens (§ 4 Z. 5, § 22 Z. 1.).

Zu einem auf so schwachen Fundamenten beruhenden Reduktionsschlusse dürfte man jedoch nach logischen Grundsätzen äußersten Falles nur dann greifen, wenn es einerseits für den tatsächlichen Bestand der Rechtsordnung und für deren normative Funktion keine andere reale Erklärung gäbe, als diejenige der Normentheorien, und wenn andrerseits die Normentheorien sich als ausreichend erweisen würden, um die realen Erscheinungen des positiven Rechtes zu erklären. Daß die erste dieser beiden Voraussetzungen nicht zutrifft, daß die positiven Rechtsordnungen als Regeln eines Geschehens begriffen werden können, ja in erster Reihe als solche, nicht als Regeln eines Geschehen-sollenden, begriffen werden müssen, will die vorliegende Abhandlung in ihrer Gänze dartun; über den Mangel der zweiten Voraussetzung sei an dieser Stelle noch Einiges vorausgeschickt.

§ 3. Die Unzulänglichkeit der Normentheorien zur Erklärung der Rechtserscheinungen.

Die Definition der Regeln des positiven Rechtes als Vorschriften eines Geschehen-sollenden läßt eine Reihe von Problemen ungelöst.[4])

1. An wen sind die Rechtsvorschriften, Imperative oder Erlaubnisse gerichtet? Unterliegen ihnen auch Personen, welche ihrer Sprache nicht mächtig, ihrem Sinne unzugänglich, ihrer tatsächlichen Voraussetzungen unkundig sind? Kann man die Rechte und Rechtsverbindlichkeiten abwesender oder des Vernunftgebrauches ermangelnder Personen, der Kinder, der sogenannten juristischen Personen, aus bloßen Geboten, Verboten und Erlaubnissen deduzieren? Ist die Vorstellung faßbar, daß die supponierte Staatspersönlichkeit durch

ihre vermeintlichen Imperative und Erlaubnisse sich selbst Pflichten auferlegt und sich selbst Befugnisse verleiht? Setzt nicht jeder Befehl und jede Erlaubnis zwei Willenssubjekte, ein befehlendes und ein dem Befehle unterliegendes, ein erlaubendes und ein der Erlaubnis teilhaftiges Subjekt, voraus?

Diesen Fragen eines unbefangenen logischen Denkens sind Antworten aller Art zu teil geworden, die nur das eine Gemeinschaftliche an sich tragen, daß sie die Fragen nicht erledigen, sondern beiseite schaffen wollen. Die mannigfaltigen Scholastizismen und Fiktionen, mittels deren dies geschieht, können an dieser Stelle nicht besprochen werden. Es genügt für den Zweck dieser einleitenden Bemerkungen, dieselben in gleicher Weise wie die Hypostasierung einer Gesamtwillenspersönlichkeit als Notbehelfe zu charakterisieren, deren sich die Wissenschaft äußersten Falles nur dann bedienen dürfte, wenn ihr die Möglichkeit einer anderweitigen Erklärung der in der Erfahrung des positiven Rechtes gegebenen realen Erscheinungen durchaus mangelte.

2. Welchen Wert, welche soziale Bedeutung sollten Erlaubnisse, für sich allein genommen, für den von ihnen Begünstigten und mittels desselben für die öffentlichen Interessen besitzen? Erlaubt ist, was nicht verboten ist, eine inhaltlose, logische Verneinung. Auch wenn man zur bloßen Erlaubnis das positive Moment einer Billigung hinzunimmt, erlangt sie keine soziale Bedeutung. Durch „Erlaubnisse“ und „Billigungen“ allein kann weder eine Ordnung des gesellschaftlichen Zusammenlebens noch irgend ein Wohlfahrtszweck realisiert werden. Allgemein wird gelehrt, daß die Rechtsnormen äußere Willensbetätigungen zum Gegenstande haben. Äußere Willensbetätigungen, Handlungen oder Unterlassungen aber werden durch bloße Erlaubnisse oder Billigungen nicht behindert und nicht gefördert. Sieht man dies ein und spricht man dem Eigentumsrechte oder sonstigen Berechtigungen

einen über das bloße Erlaubtsein hinausreichenden realen Effekt des positiven Rechtes zu, so muß man auch der betreffenden Rechtsregel einen über die bloße Erlaubnis hinausreichenden, in das reale Leben eingreifenden Inhalt beilegen: denn Reales kann nur durch Reales gefördert, gehemmt oder überhaupt beeinflußt werden.

Die von zahlreichen Schriftstellern vertretene Ansicht, das subjektive Recht erlange einen über das bloße Erlaubtsein hinausgehenden Inhalt durch Gebote und Verbote, welche der supponierte persönliche Gesetzgeber „allen anderen“ oder „einzelnen anderen“ in dem Sinne, die erlaubten Handlungen des Berechtigten nicht zu stören, auferlege, benimmt dem subjektiven Rechte jede selbständige Bedeutung. Sie läßt das subjektive Recht als einen bloßen Reflex von Rechtspflichten erscheinen, die allen anderen Menschen (auch denjenigen, welche sich solcher Pflichten nicht bewußt sein können) obliegen. Die Macht und das Interesse des Berechtigten, das charakteristische Moment des subjektiven Rechtes, wird dabei außer acht gelassen und bleibt unaufgeklärt. Und doch liegt zweifelsohne der Schwerpunkt der subjektiven Berechtigungen auf Seite des Berechtigten. Alles menschliche Verhalten, das isolierte sowohl als das soziale, und seine Regeln, somit auch die durch Rechtsregeln begründeten subjektiven Rechte, sind durch ihre Zwecke bestimmt. Sicherlich aber liegt der Zweck der subjektiven Rechte nicht in den Beschränkungen und Entbehrungen, welche sie anderen auferlegen, sondern in der Macht und dem Genusse, welche sie dem Rechtssubjekte gewähren. Niemals wird es künstlichen juristischen „Konstruktionen“ gelingen, eine allgemeine Rechtsauffassung herbeizuführen, wonach das Eigentumsrecht nicht ein Interesse und eine Macht des Eigentümers, sondern eine Serie von Belastungen und Beeinträchtigungen aller anderen Menschen bedeute und bezwecke, wonach das Wesen der Forderungsrechte nicht

darin läge, daß der Gläubiger empfange, sondern darin, daß der Schuldner leiste; der Zweck der Steuerleistung nicht darin, daß die staatlichen Bedürfnisse befriedigt werden, sondern darin, daß der Staatsbürger zahle; der Zweck des Militärdienstes nicht darin, daß die Staatsinteressen gesichert und gefördert werden, sondern darin, daß die Heeresangehörigen in Friedenszeiten militärische Übungen verrichten und in Kriegszeiten ihr Leben und ihre Gesundheit zum Opfer bringen. Theorien, welche das Wesen der allen diesen Institutionen zu Grunde liegenden subjektiven Rechte in Imperative und Pflichten auflösen wollen, müssen an dem gesunden Sinn aller jener scheitern, welche die Rechtsbegriffe aus dem Rechtsleben, nicht aber das Rechtsleben aus künstlich konstruierten Begriffen zu erkennen suchen.

3. Was ist übrigens mit solcher „Konstruktion“ gewonnen? Imperative und die aus ihnen abgeleiteten Pflichten vermögen für sich allein die Erscheinungen des Rechtslebens ebensowenig zu erklären, wie Erlaubnisse und das Erlaubtsein. Sie beeinflussen das soziale Verhalten nur insofern, als sie ein ethisches Motiv zur Vornahme von Handlungen und Unterlassungen abgeben, versagen aber überall, wo die Achtung vor ihnen und damit die freiwillige Unterwerfung mangelt oder mangeln muß, wie bei Landesfremden, Rechtsunkundigen, Kindern, Wahnsinnigen und bei Personen, denen das Wissen vom Vorhandensein der tatsächlichen Voraussetzungen und damit zugleich von der Anwendbarkeit der Rechtsvorschriften abgeht. Rechtliche Verbindlichkeiten solcher Personen können schlechterdings nicht aus Imperativen, für sich allein betrachtet, abgeleitet werden, bedürfen also eines anderen Erklärungsprinzipes. Da sie aber inhaltlich mit denjenigen aller anderen Rechtsgenossen übereinstimmen, so können auch letztere nicht aus einem bloß ethischen Prinzipe resultieren.

Die Worte „Zwangspflicht“ oder „äußere Pflicht“, mittels deren man dieser Notwendigkeit entgehen und das Axiom vom imperativischen, pflichtenwirkenden Wesen des positiven Rechtes festhalten zu können meint, bezeichnen Verhältnisse, denen das Wesen der Pflicht völlig fremd ist. Sie verunreinigen, wie an späterer Stelle näher auszuführen sein wird, den Begriff der Rechtspflicht, ohne der Rechtstheorie einen faßbaren, dem Rechtsleben entnommenen Begriff zuzuführen. Wo der Zwang beginnt, hört die Pflicht auf; wer gezwungen handelt, erfüllt keine Pflicht. Eine wissenschaftliche Betrachtung darf sich solcher Wortvermengung nicht schuldig machen, weil dadurch der echte und hohe Begriff der Pflicht korrumpiert wird. Man verwischt die Verschiedenheit zwischen schuldhafter und unverschuldeter Rechtswidrigkeit, wenn man beide gleichmäßig als „Pflichtverletzung“ bezeichnet. Wer keinen Anstand nimmt, die erzwungene Handlung oder Unterlassung als „Pflichterfüllung“ gelten zu lassen, der nimmt der freiwilligen, aus dem Pflichtbewußtsein hervorgegangenen Handlung und Unterlassung allen inneren Wert. Indem er das rechtmäßige Wollen dem unrechtmäßigen Wollen gleichstellt, beraubt er die Rechtspflicht ihrer engeren, aber umso tieferen Bedeutung. (§ 9 Z. 4.)

4. „*Zwang*“ ist eine selbständige Erscheinung des Rechtslebens, die neben der Pflicht einhergeht, aber deren Lücken, *somit auch die Lücken der Normentheorien, keineswegs auszufüllen vermag*. Deshalb dehnen diese die Anwendung des Wortes „Zwang“ in sehr willkürlicher Weise weit über dessen zulässigen Sinn aus.

Ein Sprachgebrauch, der sich dem realen Denken unterordnet, kann das Wort „Zwang“ nur auf einen durch Übelandrohungen bewerkstelligten Willensanreiz anwenden. Wer als „Zwang“ außerdem noch Maßnahmen bezeichnet, durch die den Rechtszwecken in anderer Art, als durch derart motivierte Handlungen oder Unterlassungen Genüge geleistet wird,

bedient sich zwar des gleichen Wortes, aber nicht des gleichen Begriffes. Die Unterstellung sachlich verschiedener Gegenstände unter ein gleiches Wort ohne gleichen Begriff, wird infolge der Armut der Sprache zuweilen entschuldbar sein, sollte aber jedem wissenschaftlichen Verfahren fern bleiben. Wenn mit Hilfe der Staatsgewalt der Eigentümer seine Sache dem Besitzer wegnimmt, oder der Gläubiger im Wege der Pfändung dem Vermögen seines Schuldners einen bestimmten Wert entzieht; wenn durch richterliches Urteil eine Erklärung ersetzt wird, die abzugeben der Verklagte beharrlich ablehnt; wenn die Baubehörde einen vorschriftswidrigen Bau demolieren läßt; wenn der Verbrecher im Kerker angehalten oder zur Richtstatt gebracht wird: so mag man vielleicht alle diese Maßnahmen (welche ohne oder wider das Wollen des sogenannten „Gezwungenen" stattfinden) in Ermanglung eines besseren Wortes „Zwang" nennen; aber man begeht zweifelsohne einen Verstoß gegen das richtige Denken, wenn man sie unter den psychologischen Begriff des Zwanges subsumiert und mit denjenigen Erscheinungen konfundiert, welche unter diesen psychologischen Begriff fallen. Zweideutigkeiten sind von jeher die schlimmsten Feinde der Wahrheit gewesen. Verschiedene Dinge bedürfen in der wissenschaftlichen Darstellung verschiedener Bezeichnungen; wenn aber verschiedene Bezeichnungen mangeln, einer umso schärferen Auseinanderhaltung. Dies zeigt sich gerade hier aufs Deutlichste. Dadurch, daß die Rechtstheorie tatsächliche, jedermann bekannte Vorgänge des Rechtslebens, die mit dem Wollen der von ihnen Betroffenen nicht das Geringste zu tun haben, als einen wider dieselben geübten „Zwang" bezeichnet, legt sie sich in rein scholastischer Wortkunst die Möglichkeit zurecht, deren rechtliche Situation als diejenige einer „Pflicht" hinzustellen; diese „Pflicht" aber führt wieder zu der Nomenklatur, welche von Geboten und Verboten spricht, die sich nicht auf innere Selbst-

bestimmungen, sondern auf ein sogenanntes „äußeres Verhalten“ der Adressaten (auch der dem Imperativ unzugänglichen) beziehen: eine ganze Kette von Wortspielen, die aus der Wissenschaft verbannt sein sollten, auch wenn sie für den außerwissenschaftlichen Sprachgebrauch unumgänglich wären.

5. Wenn die vorstehend angeregten Erwägungen auch nur zu einem Zweifel daran nötigen:

a) ob eine persönliche Autorität als Schöpferin des positiven Rechtes überall zu finden sei, und

b) ob Normen, das ist Imperative und Erlaubnisse, für sich allein die tatsächlich geltenden Rechtsordnungen zu begründen vermögen:

so ergibt sich nicht nur das Erfordernis einer anderen, erschöpfenderen Rechtstheorie, sondern zugleich ein Wegweiser zu deren Findung. Denn nach Ausschluß der persönlichen Autorität eines Rechtsschöpfers erübrigt nur die sachliche Autorität tatsächlich geltender Regeln; und abgesehen von der Geltungsart als Norm eines Sein- oder Geschehen-sollenden erübrigt für die Rechtsregel nur die Geltungsart eines Seienden oder Geschehenden. Dieser Auffassung gegenüber sind die Verhältnisse des rechtlich-sozialen Lebens der Menschen Objekte, nicht anders als die im isolierten Leben der Menschen gegebenen Verhältnisse. Sie ermöglicht die Einreihung der Rechtslehre in das System der menschlichen Erfahrungswissenschaften und der rechtswissenschaftlichen Methode in das System der für alle anderen Wissenschaften geltenden Erkenntnisgesetze.

Die so oft geäußerte Ansicht, daß eine solche Einreihung deshalb ausgeschlossen sei, weil die Rechtsgesetze, in vermeintlichem Gegensatze zu den Naturgesetzen, keine kausale Notwendigkeit in sich schließen, beruht auf der ungerechtfertigten Supposition, daß wissenschaftliche Erkenntnis des Seienden auf exakte, ausnahmslose Gesetze beschränkt sei.

Auch die Erkenntnis der außersozialen oder (im engeren Sinne des Wortes) natürlichen Erscheinungen beruht in weitestem Umfange auf Induktionen, die keine Notwendigkeit, sondern bloß Wahrscheinlichkeit ausdrücken. Nicht nur schlechthin allgemeine Gleichförmigkeiten, sondern auch empirische Erfahrungen, die wir nicht exakt zu bestimmen im stande sind, ermöglichen uns, tatsächliche Erscheinungen systematisch in Begriffen und Urteilen zu erfassen. Ja gerade diese sind es, welche im isolierten Leben jedes einzelnen all unser Tun und Lassen bestimmen, unserer gesamten Voraussicht, unseren Meinungen und Vorsätzen zu Grunde liegen. Der in der vorliegenden Abhandlung unternommene Versuch, das rechtlich-soziale Leben als unter solchen Regeln stehend zu begreifen, wird daher nicht von vornherein abgewiesen werden dürfen (§ 5).

6. Freilich werden wir uns vorerst vergegenwärtigen müssen, daß es zwei Richtungen oder Zweige der Lehre vom positiven Rechte gibt, die sich zueinander ungefähr so verhalten, wie Mechanik und mechanische Technologie. Rechtsgesellschaftliches Zusammenleben der Menschen gestattet und fordert eine doppelte Fragestellung und eine doppelte Behandlung.[5])

Wir können fragen:

a) Was ist „positives Recht"? Wie sind die realen Vorgänge, Zustände, Verhältnisse beschaffen, deren Regeln wir „positives Recht" nennen? Welcher Art und Regelmäßigkeit sind die auf- und niedersteigenden, einander unterstützenden oder hemmenden Willensenergien, die jenen Gleichgewichtszustand, jenen Frieden, jene gemeinschaftlichen Arbeiten für gemeinschaftliche Wohlfahrtszwecke, jene gemeinschaftlichen Kämpfe gegen Störungen, Schädlichkeiten, Angriffe und Mißgeschicke darstellen, die sich tagtäglich vor unseren Augen abspielen? Welche realen Willensbestrebungen und realen Zwecke begründen jene Verhältnisse, die uns als Eigentum, Servitut, Schuldforderung, Verbindlichkeit, Ehe, Amtsgewalt usw.

objektiv gegeben sind? Aus welchen elementaren Erscheinungen besteht die Gesamterscheinung des unserer Erfahrung vorliegenden Rechtslebens und wie können wir sie im Geiste synthetisch zu einem systematischen Ganzen rekonstruieren?

Wir können aber auch fragen:

b) Was ist „positiv Rechtens"? Was habe ich und was hat ein anderer zu tun oder zu lassen, um dem „Rechte" — was immer sein Wesen sein möge — zu entsprechen? Welches Verhalten verlangen die Rechtsregeln, woher immer ihre Autorität stamme, von jedem Einzelnen? Wer so fragt, kümmert sich nicht um die Analyse und Synthese des Rechtslebens, sondern begnügt sich damit, die Grundsätze zu erforschen, nach welchen jeder Einzelne sein Leben einzurichten hat, um es mit einem gegebenen System von Regeln, „Recht" genannt, in Einklang zu bringen. Er „rechnet mit Begriffen". Was der Begriff „Recht" und die ihm subsumierten Rechtsbegriffe bedeuten, kann er hiebei außer Betracht lassen. Man kann auch algebraisch, man kann nötigen Falls mit Fiktionen und irrealen Figuren rechnen, wenn nur der angestrebte technologische Zweck, uns über die Anwendung irgend welcher, als gegebene Autorität hingenommener Rechtssätze zu belehren, erreicht wird. Vom Standpunkte und für die Zwecke dieser Lehre wird das positive Recht allerdings als ein Inbegriff von Anforderungen an das Verhalten eines jeden einzelnen aufgefaßt werden, ganz ähnlich, wie der Maschinentechniker als solcher Regeln der Mechanik nur als Vorschriften darüber, wie die Maschinen zu konstruieren und zu handhaben sind, ansieht.

Nichts ist wichtiger und notwendiger, als diese zweite Art der Fragestellung und Untersuchung. Nur darf sie nicht die Alleinherrschaft in dem ganzen Gebiete der Rechtsforschung beanspruchen. Nur darf sie ihre Ausgangspunkte nicht für die in der Rechtswissenschaft allein möglichen, ihre Resultate nicht für die einzig wertvollen, ihre Methode nicht — als ein

vermeintlich spezifisch „juristisches Denken" — für die einzig richtige halten. Wir sind vielmehr der Meinung, daß der menschliche Geist auf allen theoretischen Wissensgebieten nur ein und dasselbe Denken, nur ein und dieselbe Logik und nur dieselben Methoden, wenn auch in verschiedenen Abstufungen und Anwendungsformen, betätigen kann. Und wir sind ferner der Meinung, daß es auch für die Lehre von der Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Vorschriften in hohem Maße förderlich ist, wenn sie einer Wissenschaft, deren Arbeit auf die Erforschung des realen Wesens der rechtlichen Erscheinungen gerichtet ist, nicht bloß Daseinsberechtigung, sondern sogar das wissenschaftliche Primat einräumt. Bis vor kurzer Zeit hat man derartige Untersuchungen der Rechtsphilosophie vorbehalten zu müssen geglaubt. Vielleicht war dies für manchen Autor zugleich der bequemste Weg, sich ihrer zu entledigen. Aber die Rechtsphilosophie hat nicht den Beruf, die Rechtsphänomene als solche zu erfassen, sondern deren Stellung im Weltganzen, im Zusammenhange der die Welt erfüllenden Ideen darzulegen. In der Mitte zwischen diesem Berufe und dem vorhin gekennzeichneten Berufe der technischen Jurisprudenz steht der Beruf einer Rechtslehre, die das rechtliche Zusammenleben der Menschen als eine Art des Zusammenlebens der Menschen überhaupt, die Rechtsregeln als eine Art jener Regeln, nach denen menschliche Gesellschaften überhaupt bestehen, und sich selbst als eine Lehre soziologischer Art betrachtet.

Dieser Gedankenrichtung folgend, will die vorliegende Abhandlung zu einer klaren und bestimmten Auffassung vom positiven Rechtsleben und von dessen wichtigsten Erscheinungen dadurch gelangen, daß sie die Rechtsregeln als ein System von Regeln tatsächlichen sozialen Verhaltens und die Rechtsverhältnisse als durch Wohlfahrtszwecke bestimmte soziale Machtverhältnisse erklärt. Was immer für Gebrechen diesem

Versuche im einzelnen anhaften mögen, sein leitendes Prinzip, das positive Recht als eine soziale Gesamttatsache zu erfassen und diese in reale Elemente zu zerlegen, ist nach unserer Überzeugung ein solches, dem die Rechtswissenschaft der Zukunft sich nicht verschließen kann noch wird. Denn sie gleicht einem aufgehenden Lichte, in welchem tausend Erscheinungen, die bisher, von treibenden Nebeln verschleiert, dem Auge nur undeutliche Umrisse darboten, in klaren Gestalten und lebendigen Zusammenhängen anschaulich hervortreten.

II. Kapitel.

Das Recht als Regel tatsächlichen sozialen Verhaltens.

§ 4. Rechtsgesellschaft und Gesamtwille.

1. Durch das regelmäßige Zusammenwirken für gemeinschaftliche Zwecke wird eine Mehrheit von Personen zu einer kollektiven Einheit, „Gesellschaft" genannt, verbunden.[6]) In der menschlichen Gesellschaft vollführt jeder Einzelne ein doppeltes Leben: dasjenige des Gesellschaftsmitgliedes und dasjenige des Isolierten. Er verhält sich als Gesellschaftsmitglied, insofern er in Gemeinschaft mit anderen Personen für gemeinschaftliche Zwecke tätig ist; als isolierte Persönlichkeit, insofern er für sich oder für einzelne andere individuelle Zwecke verfolgt. So ergibt sich die grundlegende Unterscheidung eines sozialen und eines isolierten Verhaltens. Nach beiden Richtungen umfaßt das „Verhalten" die innere Willensregung und deren Wirksamkeit nach außen. Unter seinen Begriff fallen sowohl Handlungen als Unterlassungen, insofern diese Negationen einer Handlung sind, d. h. auf einer inneren Willensregung (Absicht oder Vorsicht) beruhen (§ 33 Z. 2.).

Das Wesen jeder Gesellschaft wird durch die ihr innewohnenden Zwecke und durch die von diesen Zwecken bestimmte Art des regelmäßigen Verhaltens ihrer Mitglieder bestimmt. Eine Gesellschaft zu gemeinschaftlicher Gottesverehrung befolgt eine andere Art regelmäßigen Verhaltens, als eine Gesellschaft zu gemeinschaftlichen wirtschaftlichen Zwecken; in

einer Gesellschaft zur Förderung der bildenden Künste gelten andere Regeln des Verhaltens als in einer Gesellschaft zu wissenschaftlichen Zwecken oder zur Veranstaltung von Werken der Tonkunst.

2. Ähnlich wie im isolierten Leben der Einzelne zunächst für seine Existenzbedingungen sorgt, d. h., sich selbst behauptet, ehevor er andere Zwecke verfolgt, ist die erste Gesellschaftsart diejenige, welche die sozialen, d. h. in dem regelmäßigen Verhalten ihrer Mitglieder liegenden Existenzbedingungen allen gesellschaftlichen Zusammenlebens zum Gegenstande hat. Diese allem anderen gesellschaftlichen Leben zugrundliegende Gesellschaft ist die Rechtsgesellschaft, deren begrifflicher Zweck die Verwirklichung der Existenzbedingungen, die Selbstbehauptung des sozialen Zusammenlebens, ist. Indem wir Selbstbehauptung des gesellschaftlichen Lebens als denjenigen allgemeinen Zweck erkennen, welcher den Begriff der Rechtsgesellschaft konstituiert, erfassen wir jedoch keineswegs deren volles Wesen. Das Wesen eines Erfahrungsobjektes wird durch den Inhalt des behufs seiner Klassifikation gebildeten Begriffes nicht erschöpft, sondern umfaßt auch die mit dem Begriffsinhalte in erfahrungsmäßiger Regel verbundenen Eigenschaften. Ebensowenig wie eine begriffliche Definition des Menschen uns das Ganze des Menschen erkennen läßt, bietet uns der Begriff der Rechtsgesellschaft die Erkenntnis ihres vollen Wesens. Erst die Erfahrung belehrt uns darüber, in welchen besonderen Arten, d. i. mit welchen besonderen Zweckinhalten, der formale Begriff des obersten Rechtszweckes in Erscheinung tritt. Hiebei gelangt man zunächst zu solchen besonderen Zweckinhalten, welche mit der menschlichen Natur zusammenhängen, daher in jeder Rechtsgesellschaft gegeben sind, sodann zu weiteren Erscheinungsformen, welche historisch gegebenen Völkern gleichartig zukommen, und schließlich zu solchen, welche einem einzelnen Volke eigentümlich sind.

Für eine allgemeine Rechtslehre kommen nur jene Besonderungen des begrifflichen Rechtszweckes in Betracht, welche in der überall wiederkehrenden Erfahrung erscheinen, weil sie im erfahrungsmäßigen Wesen der Menschen begründet sind.

3. In der menschlichen Erfahrung gibt es kein Wollen, weder ein isoliertes noch ein soziales Wollen, das nicht auf die Förderung einer Wohlfahrt, sei es egoistisch, der eigenen Wohlfahrt des Wollenden, sei es altruistisch, der Wohlfahrt anderer, abzielen würde. Alles menschliche Sinnen und Trachten bezweckt die Befriedigung von Lebensbedürfnissen oder Lebensinteressen; diese bilden den durchgängigen, erfahrungsmäßigen Inhalt des abstrakten Wollens. Die Regeln des auf die Selbstbehauptung einer jeden menschlichen Gesellschaft gerichteten sozialen Verhaltens sind daher zugleich Regeln der Betätigung von Wohlfahrtsinteressen; der begriffliche Zweck der Selbstbehauptung der Gesellschaft erlangt erfahrungsmäßig in den Zwecken menschlicher Wohlfahrt seinen besonderen Inhalt.[7]) An dieser Erkenntnis darf uns der Umstand nicht irre machen, daß es jederzeit Rechtsregeln gegeben hat und geben wird, welche eine über die Leidenschaften und Verirrungen des Tages sich erhebende Kritik, sei es vom ethischen, sei es vom utilitarischen Standpunkte aus, als schlechte oder schädliche bezeichnen mag. Denn so wie das isolierte Wollen jedes einzelnen Menschen und seine Regeln nicht durch den wirklichen (von außerhalb des Wollens gelegenen Momenten mitbedingten) Erfolg, sondern durch den vorgestellten Erfolg bestimmt sind, so muß auch das erfahrungsmäßige Wesen des sozialen Verhaltens und seiner Regeln nicht nach ihren wirklichen Erfolgen für das geistige und physische Wohl, sondern nach ihren Zielen bestimmt werden. Diese sind immer und überall auf irgend ein Wohlfahrtsinteresse, auf die Möglichkeit der Befriedigung sozialer,

den Rechtsgenossen gemeinschaftlicher Bedürfnisse, der geistigen sowohl als der leiblichen, gerichtet. Gesetzt den Fall — es mag dahingestellt bleiben, ob die Hypothese annehmbar ist — ein Despot würde gesetzliche Vorschriften erlassen, welche keinerlei geistiges oder leibliches Wohlergehen zu fördern, sondern solches zu beeinträchtigen bezwecken, so werden solche Vorschriften doch — da sie nur vermöge einer Rechtsregel des Gehorsams positives Recht zu vermitteln vermöchten (§ 13 Z. 2—3) — nur dann geltendes Recht zur Folge haben, wenn die durch den Gehorsam begründete Rechtsordnung von den Rechtsgenossen in aller Regel für ein höheres Gut betrachtet wird, als jenes Gut, welches im Falle der Verweigerung des Gehorsams und der daraus resultierenden Unordnung zu gewärtigen wäre.

4. Die realistische Betrachtung des positiven Rechtes geht von der Tatsache aus, daß die Menschen soziale Wesen sind, d. h. daß sie neben ihren individuellen auch gemeinschaftliche Zwecke verfolgen. Sie will die Regeln dieses sozialen Verhaltens, soweit es Rechtszwecke beinhaltet, begreifen. Auch das isolierte Verhalten des in der Rechtsgesellschaft lebenden Menschen ist vielfach ein regelmäßiges. Die Regeln dieses isolierten Verhaltens gehören aber nicht den Gesellschaftswissenschaften, sondern der Biologie und der Psychologie an. Zum Wesen der Rechtsgesellschaft gehört die *Gemeinschaftlichkeit von Rechtszwecken und das regelmäßige Zusammenwirken für deren Realisierung.*

Insofern das Individuum in der Natur gegeben ist, während die Rechtsgesellschaft durch menschliche Willensakte vermittelt wird, kann man die Regeln des isolierten (außersozialen) menschlichen Daseins als *natürliche* Lebensregeln und diejenigen der Gesellschaft als *rechtlich-soziale* Lebensregeln bezeichnen. Keineswegs aber darf dieser Gegensatz mit demjenigen der Natur zur Idee verwechselt werden. Auch jedes

gesellschaftliche, somit auch das rechtsgesellschaftliche Leben gehört der Natur im weiteren Sinne des Wortes an und kann, ebenso wie die Erscheinungen des isolierten menschlichen Willens und der willenlosen Natur, auf Grund von Erfahrungen erklärt, d. h. auf allgemeine Vorstellungen zurückgeführt werden. Durch solche Erfahrungswissenschaft vom Rechte als einem Tatsachenkomplexe wird der Rechtsphilosophie, welche dieselben Erscheinungen als Verwirklichungen von, das gesellschaftliche Leben beherrschenden, Ideen zu erfassen sucht, nicht nur nicht Eintrag getan, sondern vorgearbeitet. Gerade im Interesse einer philosophischen Behandlung muß eine empirische Wissenschaft gepflogen werden, welche das positive Recht als Erscheinung behandelt, diese Erscheinung in ihre Elemente zerlegt und aus den Elementen rekonstruiert.

5. Aus dem Zusammenwirken vieler Dinge und ebenso aus dem Zusammenwirken vieler Menschen resultieren Erscheinungen, die durchwegs verschieden sind, von der Summe jener Wirkungen, welche dieselben Dinge oder Menschen als isolierte hervorzubringen vermöchten. Die aus dem regelmäßigen Zusammenwirken resultierenden potentiellen Erfolge sind es, welche die Synthese einer Vielheit von Personen zur Gesellschaft, als einer neuen Einheit, begründen. Aber diese Einheit ist nur eine Einheit im Zwecke, nicht eine Einheit im Wollen. Sie gestattet — wie an späterer Stelle (§ 21—22) näher darzulegen sein wird — keineswegs die Hypostasierung eines selbständigen gesellschaftlichen Ich, d. i. einer Gesellschaftssubstanz mit den Attributen eines Selbstbewußtseins und eines selbständigen Denkens, Fühlens und Wollens. Für eine solche Hypostasierung ist in der Erfahrung kein Anhaltspunkt gegeben, die Einheit, welche uns in der Gesellschaft gegeben ist, findet ihre ausreichende Erklärung auch ohne die Annahme einer selbständigen Persönlichkeit. Wenn Logik und Ethik sogar dazu gelangt sind, den empirischen Begriff des Einzel-

willens als eine bloße Abstraktion aus den Tatsachen des regelmäßigen Wollens zu erklären[8]), so muß diese Auffassung in noch viel zwingenderer Weise rücksichtlich des Begriffes „Gesamtwille“ Platz greifen, weil ein realer Träger eines von dem Wollen der Rechtsgenossen verschiedenen „Gesamtwollens“ weder in der äußeren noch in der inneren Erfahrung erfindlich ist. In der Erfahrung sind uns, auch in Ansehung der gesellschaftlichen Zwecke, nur individuelle Willensbetätigungen gegeben, deren Gleichförmigkeiten in abstrakten Regeln vorgestellt und ausgedrückt werden. Deshalb ist in einer reinen Erfahrungslehre von den positiven Rechtsordnungen das Wort „Gesamtwille“ nur statthaft als die zusammenfassende Bezeichnung der auf rechtsgesellschaftliche Zwecke gerichteten, in abstrakten Regeln erkennbaren Verhaltungsweisen der Gesellschaftsmitglieder. Ebenso wie die Naturwissenschaften sich des Wortes „Natur“ als gleichbedeutend mit dem Inbegriffe der „Naturgesetze“ bedienen, mag die Rechtswissenschaft den Ausdruck „Gesamtwille“ zur substantivischen Zusammenfassung aller Regeln des gesellschaftlichen Verhaltens gebrauchen. Nur in diesem Sinne, nicht aber im Sinne eines wollenden Wesens oder einer Persönlichkeit soll das Wort „Gesamtwille“ in den folgenden Ausführungen verstanden werden.[9])

§ 5. Die Rechtsregeln als empirische Gesetze sozialen Verhaltens.

1. In der Wirklichkeit, welche (im weitesten, auch das psychische menschliche Leben umfassenden Sinne) dem menschlichen Geiste objektiv gegenübersteht, gibt es nur einzelne, in Ort und Zeit konkret bestimmte Dinge und Vorgänge. Aus deren Erkenntnis erst resultieren Begriffe und Regeln. In der Wirklichkeit ist nicht der „Baum“, sondern es sind nur einzelne, in allen ihren Qualitäten und Beziehungen

(nach Raum, Zeit, Kausalität) bestimmte Bäume vorhanden. Ebenso gibt es in der Wirklichkeit kein „Wachstum" überhaupt, sondern nur einzelne Geschehnisse des Wachsens. Erst dadurch, daß mit den Vorstellungen dieses einzelnen gleichmäßigen Geschehnisses die Vorstellung einer Gewißheit oder doch Wahrscheinlichkeit verbunden wird, gelangt der menschliche Geist dazu, ein Gesetz oder eine Regel derselben aufzustellen. Gesetz ist der Ausdruck einer ausnahmslosen Notwendigkeit, Regel ist der Ausdruck einer Ausnahmen zulassenden oder relativen Notwendigkeit, einer Wahrscheinlichkeit, gleichmäßigen Geschehens. Man bezeichnet diesen Gegensatz auch als denjenigen des exakten und des empirischen Gesetzes. Exakte Gesetze beruhen auf dem Kausalitätsprinzip, welches lautet: Auf gleiche Erscheinungen (Ursachen) folgen gleiche Erscheinungen (Wirkungen). Das Kausalitätsprinzip gilt, wenn die als Ursachen vorgestellten Vorgänge vollständig gegeben, daher in allen ihren Einzelheiten mit anderen ursächlichen Vorgängen verglichen und übereinstimmend befunden werden. Wo diese Voraussetzung nicht Platz greift, kann nur von einer Ähnlichkeit der zu vergleichenden Vorgänge gesprochen werden. Auf Grund solcher Ähnlichkeiten kann nicht mit exakter Gewißheit, sondern bloß mit einem höheren und geringeren Grade von Wahrscheinlichkeit, d. h. als eine bloß empirische Regel, der Satz aufgestellt werden: Auf ähnliche Erscheinungen folgen ähnliche Erscheinungen. Denn es muß dabei immer der Vorbehalt gemacht werden, daß die bei den vorausgehenden ähnlichen Erscheinungen mitunterlaufenden und in die Betrachtung nicht miteinbezogenen Verschiedenheiten die beiderseitigen Erfolge mitbestimmen und deren Ähnlichkeit verhindern. Auf solche Wahrscheinlichkeiten oder empirische Regeln ist die Wissenschaft angewiesen auf allen Erkenntnisgebieten, innerhalb deren

die Ursachen des Geschehens nicht genau und nicht erschöpfend festgestellt werden.[10])

Zu jenen Erscheinungen nun, bei denen niemals eine völlige Gleichheit, sondern nur eine Ähnlichkeit konstatiert werden kann, gehören die Vorgänge, welche die menschlichen, und unter diesen insbesondere auch die sozialen Verhaltungsweisen bestimmen. Es sind dies die menschlichen geistigen und körperlichen Anlagen und jene äußeren Momente, durch deren Einwirkung auf die menschlichen Anlagen Willensbetätigungen veranlaßt werden. Weder die inneren Zustände der Menschen, noch die auf sie einwirkenden Reize, stimmen bei allen Mitgliedern der Gesellschaft vollständig überein. Aber sie sind einander doch in solchem Maße ähnlich, daß Wahrscheinlichkeitsgesetze rücksichtlich des aus ihnen resultierenden sozialen Verhaltens aufgestellt werden können. Solcher Art sind auch die Rechtsregeln. Sie sind nicht exakte, schlechthin allgemeine, sondern nur empirische Gesetze, gleichmäßige Erscheinungen ausdrückend, die nicht notwendig, sondern nur nach dem erfahrungsmäßigen Verlaufe, also wahrscheinlich stattfinden; Gesetze, die Ausnahmen nicht bloß zulassen, sondern vielmehr voraussetzen. Wenn solche Regelmäßigkeiten als Grundlage für die Wissenschaften der Naturbeschreibung, der empirischen Moral, der Volkswirtschaftslehre, der Sprache ausreichen, so wird auch eine systematische Erkenntnis der Erscheinungen des positiven Rechtes auf ähnlicher Grundlage aufgebaut werden können. Man mag die hierin gelegenen Schranken beklagen, aber man kann sie nicht dadurch beseitigen, daß man sie ignoriert und den Versuch macht, die empirischen Regeln des Geschehenden durch nicht minder empirische Gebote eines Geschehen-sollenden zu ersetzen, welche nur dadurch den Anschein exakter Gesetze erwecken, daß in ihre abstrakten und schon deshalb vieldeutigen Formeln

jeweilig dasjenige hineininterpretiert wird, dessen es im gegebenen Falle bedarf, um mit den Tatsachen der Erfahrung in Übereinstimmung zu bleiben. Bloße Erfahrungsregeln befriedigen allerdings das wissenschaftliche Bedürfnis nicht in vollem Maße. Es ist jedoch richtiger und fruchtbarer, sich auf deren relative Allgemeinheit zu beschränken, um die Wahrheiten, welche sich innerhalb dieser Grenzen gewinnen lassen, zu erforschen, als in dem Bestreben nach exakten Deduktionen, eine absolute Allgemeinheit zu fingieren. Die aus solchen Fiktionen abgeleiteten Sätze bedürfen, soweit sie sich mit den Regeln der tatsächlichen Vorgänge decken, jener Fiktionen nicht; soweit sie hingegen mit den tatsächlichen Vorgängen nicht übereinstimmen, bedürfen sie neuer Fiktionen, um den Widerstreit zu verkleistern.

Der Grad von Wahrscheinlichkeit, welcher vorhanden sein muß, um von einer Regel des sozialen Lebens sprechen zu können, kann nicht genau fixiert werden. Solcher Unmöglichkeit der Begrenzung begegnen wir indes bei tausend anderen Erscheinungen und Geschehnissen, ohne uns dadurch in der Bildung von Begriffen und Urteilen beirren zu lassen. Bei fast allen Problemen des menschlichen Lebens, mögen sie der Vergangenheit oder der Zukunft angehören, muß — infolge der Unzulänglichkeit des Erkenntnisvermögens — die Wahrscheinlichkeit sehr oft der Gewißheit gleichgehalten werden. Wer sich in seinem Denken und Wollen von empirischen Wahrscheinlichkeitsgesetzen nicht führen lassen wollte, verfiele einem Skeptizismus, der jede wissenschaftliche Zusammenfassung der Erfahrung und jede planmäßige Befriedigung der Lebensbedürfnisse vereiteln würde. Alle wissenschaftlichen Hypothesen und die weittragendsten praktischen Entschlüsse beruhen auf Wahrscheinlichkeitsannahmen. Der Naturforscher, soweit er die Dinge und ihre Funktionen beschreibt und unter Begriffe und Regeln bringt; der National-

ökonom, der die komplizierten Phänomene des wirtschaftlichen Verkehres historisch und empirisch erfaßt; der Arzt, der eine gefährliche Operation, der Techniker, der eine gewagte Konstruktion ausführt; jeder einzelne in den alltäglichen, wie in den schwierigsten Lebenslagen: sie alle basieren ihre Urteile und Entschlüsse auf keine exakten Gesetze, sondern auf empirische Wahrscheinlichkeitsregeln. Auch der Jurist, insofern er die äußeren Voraussetzungen der Rechtsregeln, das sogenannte Faktum des Rechtsfalles beurteilt, unterliegt solcher Beschränkung; warum dürfte und sollte er beim Urteile über die rechtlichen Geschehnisse exakte Gewißheit darbieten müssen?

Eine derartige Prätension wäre eine ganz vergebliche. Mag die Jurisprudenz sich noch so sehr bemühen, den Anschein einer rein deduktiven und exakten Wissenschaft anzunehmen, indem sie Fiktionen auf Fiktionen häuft, sie kann die unübersteiglichen Schranken, welche in der Wirklichkeit dem menschlichen Geiste auferlegt sind, nicht überwinden. Vergeblich möchte sie an die Stelle der mit allen menschlichen Kurzsichtigkeiten behafteten Gesetzesautoren ein, die sozialen Verhältnisse der Gegenwart und Zukunft durchschauendes und auf die logisch, ethisch und utilitarisch vollkommenste Art regelndes, Idealsubjekt setzen; vergeblich Rechtsimperative supponieren, welche, obgleich nicht aus der Vernunft, sondern aus der Erfahrung gewonnen, a priori allen sozialen Bedürfnissen gerecht werden; vergeblich versuchen, jede, wenn auch unverschuldete Unregelmäßigkeit des Verhaltens der Rechtsgenossen, jeden regelwidrigen Richterspruch geistigen Fehlern der Rechtsgenossen oder der Richter zuzuschreiben. Sie kann auf solchen Wegen zu sehr scharfsinnigen „Konstruktionen“, welche den Anforderungen einer formalen Begriffslogik Genüge leisten, nimmermehr aber zur Logik der Tatsachen, zur Erkenntnis der realen Vor-

gänge, gelangen. Will die Rechtswissenschaft, wie jede andere Wissenschaft, Erkenntnisse schaffen, so kann sie deren Regeln nur in der menschlichen Erfahrung oder in aprioristischen Vernunftideen suchen. Daß *positives Recht* nicht aus Vernunftideen (trotzdem es durch solche in weitem Umfange beeinflußt sein mag) abgeleitet, daß es nicht als absolutes Vernunftrecht oder Naturrecht begriffen werden kann, dürfte derzeit außer Frage stehen. Ist aber das positive Recht nur in der menschlichen Erfahrung gegeben, so unterliegt seine Erkenntnis allen Bedingungen und allen Grenzen menschlicher Erfahrung, welche auf diesem Gebiete keine exakten oder ausnahmslosen Gesetze, sondern nur empirische Regeln zu bilden gestattet.

Die diesen Regeln innewohnende Wahrscheinlichkeit des sozialen Verhaltens läßt ihrer Natur nach graduelle Abstufungen zu. Sie nähert sich der Gewißheit am meisten in den aus gesetzlichen Vorschriften (in Verbindung mit dem ihnen regelmäßig gezollten Gehorsam) resultierenden Rechtsregeln; sie erreicht einen geringeren Grad in dem Gewohnheitsrechte; und sie gelangt auf ihre niedrigste Stufe in jenen Regeln, welche aus dem positiven Rechtsgefühle, d. i. aus dem sozialen Zweckbewußtsein der Rechtsgenossen, abgeleitet werden (§ 17 Z. 1).

2. Sowohl die Notwendigkeiten der Naturgesetze als die Wahrscheinlichkeiten der empirischen Regeln natürlicher und sozialer Erscheinungen sind hypothetische. Sie betreffen einesteils das *Wesen der ihren Gegenstand bildenden Erscheinungen*, andernteils die Bedingungen, unter welchen diese Erscheinungen *entstehen und vergehen*. So wie die Gesetze der Elektrizität oder musikalischer Komposition oder die empirischen Regeln der naturhistorischen Erscheinungen gelten, ohne Rücksicht darauf, ob zur Zeit ein Anwendungsfall gegeben ist oder nicht, so gelten auch die Regeln des

rechtsgesellschaftlichen Lebens tatsächlich ohne Rücksicht darauf, ob oder in welcher Anzahl von Fällen sie eine konkrete Anwendung gefunden haben. In diesem Sinne spricht Spinoza von „potentia sive regulae“. Er hat hiebei die allgemeine Ordnung oder das allgemeine „Recht“ der Natur im Gegensatz zu der Wirklichkeit im Auge, eine tatsächliche Regelmäßigkeit des natürlichen Geschehens. Insofern der Mensch ein isoliertes Naturwesen ist, gilt eine solche natürliche Ordnung auch für ihn als Individuum. Neben dieser Ordnung bestehen jedoch erfahrungsmäßig soziale Ordnungen, gemäß welchen in größerer oder geringerer Anzahl zusammenlebende Menschen gemeinschaftliche oder soziale Zwecke verfolgen. In dieser Art ist die Rechtsgesellschaft eine Vereinigung von Willenssubjekten, in welcher Rechtszwecke als soziale Zwecke, die für den isolierten Menschen nicht bestehen und auch nicht erreichbar wären, angestrebt werden. Die Regeln dieses sozialen Verhaltens bilden einen selbständigen Gegenstand der Erkenntnis; sie stellen, wie alle anderen Regeln, nicht das wirkliche Vorkommen ihres Gegenstandes fest, sondern drücken das Wesen der Rechtszwecke und der diese beinhaltenden sozialen Verhaltungsweisen, sodann die Bedingungen, unter welchen die Verhaltungsweisen aktuell werden, in allgemeinen Sätzen aus.

Die angewandte Logik belehrt uns über die Methoden der Induktion und der Deduktion, mittels deren Regeln auf Grund von Erfahrungen gewonnen werden, sowie darüber, daß in letzter Reihe alle Deduktion auf Induktion beruht. Der Findung der Regeln des positiven Rechtes stehen keine anderen als diese Methoden zur Verfügung. Ob es ein Mitglied der Rechtsgesellschaft oder ein außerhalb der Rechtsgesellschaft Stehender ist, der die Induktion oder Deduktion vollzieht, ob also das Erkenntnissubjekt zugleich Mitglied der Rechtsgesellschaft ist und an dem gleichmäßigen sozialen Verhalten teil-

nimmt oder nicht, ist hiebei völlig belanglos. Für denjenigen, welcher die Aufstellung einer Regel des tatsächlichen rechtlich sozialen Verhaltens den Denkgesetzen gemäß vollzogen hat, ist jedes derselben entsprechende Verhalten ein rechtmäßiges, gleichviel ob es ein solches eines seiner eigenen Rechtsgenossen oder dasjenige von Genossen einer ihm fremden Gesellschaft ist.

In dem vorstehend entwickelten Sinne tatsächlicher Geltung sind die Rechtsregeln Voraussagen des Inhaltes, daß die Rechtsgenossen unter bestimmten Voraussetzungen bestimmte Verhaltungsweisen beobachten werden. Das allgemeine Wesen dieser Verhaltungsweisen, welches sie als rechtliche charakterisiert, ist nunmehr festzustellen.

§ 6. Die Rechtsverhältnisse als soziale Machtverhältnisse.

1. Die Selbstbehauptung des gesellschaftlichen Zusammenlebens, welche den obersten begrifflichen oder formalen Zweck der Rechtsgesellschaft bildet, besteht in einer Ausgleichung der natürlichen Machtverhältnisse der Gesellschaftsmitglieder durch soziale Machtverhältnisse. Mittels sozialer Machtverhältnisse wird eine formale Ordnung bewerkstelligt, deren Regeln in ihrer Gesamtheit den Begriff des positiven Rechtes bilden. Da der Sprachgebrauch bezüglich des Wortes „Macht" ein überaus mannigfaltiger und schwankender ist, so erscheint es zunächst nötig, den Begriff, zu dessen Bezeichnung wir uns dieses Wortes bedienen, festzustellen.

Das Wollen für sich allein vermag nichts zu bewirken; sein Erfolg ist überall von (rücksichtlich des Wollens) äußeren Umständen abhängig, ohne deren Mithilfe es eine ohnmächtige Velleität bleibt. Wenn wir einen Willensakt als Ursache eines Erfolges ansehen, so setzen wir stillschweigend das Zusammentreffen der äußeren positiven und negativen Bedingungen des

Erfolges als gegeben voraus. Das Wollen teilt diese Abhängigkeit von äußeren Bedingungen mit allen anderen in der Erfahrung gegebenen Ursachen. Kein Ereignis wird von einem einzigen Dinge und dessen Tätigkeit bewirkt; sondern jedes Ereignis ist (auch abgesehen von dem entfernteren Weltzusammenhange) von zahlreichen Voraussetzungen positiver und negativer Art bedingt, unter denen wir diejenigen, deren Regel in dem jeweiligen Gedankengange in Betracht kommt, als Ursache hervorheben und bezeichnen, während die übrigen als äußere (in dem Verhalten der umgebenden Dinge und Personen gelegene) Bedingungen oder Umstände bezeichnet werden. Die Bedingungen wirken teils in positiv fördernder Tätigkeit, teils negativ durch Hemmung oder Beseitigung störender Einflüsse; in beiden Funktionen erscheinen sie als Unterstützungen oder Beihilfen der Ursachen.[11])

Die Eigenschaft des Willenssubjektes, vermöge deren es als Ursache eines Erfolges erscheint, nennen wir seine Willenskraft oder Willensenergie. Das durch das Vorhandensein der äußeren Bedingungen des Erfolges begründete Verhältnis des Willenssubjektes nennen wir seine Macht. Weder die Willensenergie noch die Macht des Willenssubjektes bezeichnen aktuelle Vorgänge; sondern beide beziehen sich auf das potenzielle Moment, welches in den Regeln des Geschehens zum kongruenten Ausdrucke kommt. Kraft oder Energie ist die Potenz oder Regel des Willenserfolges, insofern derselbe von dem Willenssubjekte selbst abhängt; Macht ist die Potenz oder Regel des Willenserfolges, insofern derselbe von der Unterstützung des Wollens durch äußere Umstände abhängt. Macht bezeichnet also nicht die Möglichkeit des Willenserfolges schlechthin, sondern nur insofern, als diese Möglichkeit in dem Mitwirken äußerer Umstände begründet ist. Sie ist der substantivische Ausdruck eines Urteiles, lautend: „die äußeren Voraussetzungen für den Erfolg einer

potenziellen Willenstätigkeit sind gegeben"; wobei es vollständig dahingestellt bleibt, ob und wann es zu dieser Willenstätigkeit und somit auch zu dem Erfolge derselben kommen wird. Daher kann Macht auch einem sich ihrer zur gegebenen Zeit nicht bewußten Willenssubjekte beigelegt werden. Der an Kräften Stärkste kann der Ohnmächtigste, der an Kräften Schwächste kann der Mächtigste sein.[12])

2. Bei dem als isoliertes Individuum vorgestellten Willenssubjekte liegen die äußeren Bedingungen der Erfolge seines Wollens in den es in gleicher Isoliertheit umgebenden Naturwesen, Dingen und Menschen. Im gesellschaftlichen, d. i. in dem auf gemeinschaftliche Zwecke gerichteten Leben aber wird die Macht jedes einzelnen zugleich von äußeren Bedingungen begründet, welche in dem regelmäßigen Verhalten der Gesellschaftsmitglieder bestehen. Während im isolierten Leben, d. i. für isolierte Zwecke, die Machtbedingungen Naturerscheinungen sind, die empirischen Naturgesetzen unterliegen, bestehen die sozialen Machtbedingungen in dem, ebenfalls empirischen Gesetzen oder Regeln unterliegenden, Verhalten der Gesellschaftsmitglieder.

Bei Betrachtung isolierter Willensenergien erscheinen die sozialen Machtbedingungen als bloße Zufälle. Die soziologischen Wissenschaften hingegen, und zu diesen gehört auch die Wissenschaft vom positiven Rechte, erfassen die Willensenergien und die denselben zukommenden Machtverhältnisse nach Regeln des gesellschaftlichen Verhaltens; ihnen gegenüber sind wieder die eine isolierte Macht begründenden natürlichen Umstände und deren Regeln Zufälligkeiten. Insofern das Willenssubjekt als isoliertes in Betracht kommt, die äußeren Bedingungen somit der Natur (im Gegensatze zur Gesellschaft) angehören, kann seine Macht als natürliche Macht bezeichnet werden; insofern das Willenssubjekt als Mitglied einer Gesellschaft erscheint, die äußeren Bedingungen somit

in dem soziale Zwecke verfolgenden Verhalten der Gesellschaftsmitglieder beruhen, kommt ihm beim Zutreffen dieser Bedingungen (neben der natürlichen) eine rechtlich-soziale Macht zu. Rechtliche Macht ist somit nicht in dem Willenssubjekte selbst enthalten, sie wird auch nicht durch die das Willenssubjekt unterstützenden Naturerscheinungen, sondern durch das regelmäßige soziale Verhalten der Gesellschaftsmitglieder begründet. Sie ist nicht, wie die Willensenergie, eine Eigenschaft oder Fähigkeit, sondern ein Verhältnis, in welches ein Willenssubjekt durch regelmäßiges Verhalten der Gesellschaftsmitglieder gesetzt ist.

3. Dem Begriffe der sozialen Macht steht derjenige der sozialen Machtbeschränktheit oder Gebundenheit gegenüber. Während soziale Macht die Position der in dem regelmäßigen sozialen Verhalten gelegenen Bedingungen, somit soziale Förderung eines potenziellen Willenserfolges ist, bedeutet soziale Machtbeschränktheit eine in regelmäßigem sozialen Verhalten gelegene Negation, durch welche ein potenzieller Willenserfolg ausgeschlossen oder doch erschwert, das Willenssubjekt daher insofern gebunden erscheint. Die soziale Machtbeschränktheit erwächst für ein Willenssubjekt aus dem regelmäßigen Verhalten der Rechtsgenossen, d. i. aus dem Gesamtwillen, insofern derselbe einem potentiellen Willenserfolge desselben potentiell entgegensteht, somit die natürliche Möglichkeit eines solchen Effektes sozial beeinträchtigt (Machtbeschränkung in aktivem Sinne des Wortes). Es steht sodann einem potentiellen isolierten Verhalten ein potentielles Verhalten der Rechtsgenossen hindernd gegenüber.

Wie die soziale Macht eines Willenssubjektes keine Eigenschaft desselben, sondern ein Verhältnis, in welchem dasselbe vermöge der Regeln des sozialen Verhaltens (des Gesamtwillens) steht, darstellt, so ist auch die soziale Machtbeschränktheit keine Eigenschaft, sondern ein Verhältnis der äußeren

Bindung, dem ein Willenssubjekt dadurch unterliegt, daß seinem potentiellen isolierten Willen durch den Gesamtwillen die Aktualität verwehrt wird.

4. Die Unterstützungen, die ein Willenssubjekt in dem regelmäßigen sozialen Verhalten der Rechtsgenossen findet, und durch die es mit sozialer Macht ausgestattet ist, dürfen nicht als Handlungen einzelner Rechtsgenossen für sich zum Zwecke unmittelbarer Mitwirkung an einem von dem Rechtssubjekte angestrebten Erfolge vorgestellt werden. Es ist der ganze Komplex sozialer Tätigkeiten (welche ihrerseits wieder nichts anderes als Betätigungen von Rechten und Verbindlichkeiten sind), der jedem einzelnen Rechte und jeder einzelnen Verbindlichkeit zu Grunde liegt. Auch Personen, welchen ich vollkommen unbekannt bin, und die meinem Lebenskreise ganz ferne stehen, unterstützen mein rechtmäßiges Wollen in jedem Momente, in welchem sie an irgend einem anderen Rechtszwecke und dadurch an dem Bestande der Rechtsgesellschaft, insbesondere aber am Bestande des zur Wahrung der sozialen Interessen berufsmäßig berechtigten und verbundenen Beamtenorganismus (§ 22 Z. 4—5) mitwirken. Die rechtlichen Machten, ebenso wie die natürlichen Machten der Menschen beruhen auf den mannigfaltigsten direkt und indirekt einwirkenden nahen und entfernten, positiven und negativen Erscheinungen; weder die Grundlagen natürlicher Machten, noch die Grundlagen sozialer Machten sind einer vollständigen Analyse ins einzelne zugänglich.

Es möge gestattet sein, diese Auffassung der rechtlichen Macht in Anlehnung an ein berühmtes Muster zu erläutern. Während ich gegenwärtige Gedanken, an meinem Tische sitzend, zum schriftlichen Ausdrucke bringe, umringen mich tausend freundliche und feindliche Naturvorgänge und erzeugen ein Gleichgewicht, welches mir die Arbeit ermöglicht. In einem Augenblicke vielleicht erbebt dieses Haus,

erlahmt meine Hand und ich werde die Feder zu führen bei aller Energie meines Wollens nicht mehr vermögen. Aber ich vertraue auf den erfahrungsmäßigen, wahrscheinlichen Verlauf der Dinge und behaupte kühn, daß mir derzeit die natürliche Macht zusteht, meine Arbeit zu Ende zu führen. Nicht anders ist meine rechtliche Macht geartet. Auch die Leidenschaften und egoistischen Triebe der Menschen gefährden meine Tätigkeit und es wäre um dieselbe arg bestellt, wenn nicht durch die tatsächlich geltenden Rechtsregeln mir die privatrechtliche Macht meines Eigentums und den staatlichen Organen die öffentlichrechtliche Macht, gewalttätige Störungen hintanzuhalten, gewährleistet wäre. Behufs Begründung dieser rechtlichen Machten sind nicht bloß einzelne mir unmittelbar behilfliche, sondern alle meine Rechtsgenossen, und nicht bloß dadurch, daß sie sich in diesem Augenblicke aller Angriffe gegen mich enthalten, sondern durch ihr gesamtes, auf Rechtszwecke gerichtetes regelmäßiges Verhalten mittätig. Auf Grund der Erfahrungsregeln, welche rücksichtlich dieses Verhaltens bestehen, darf ich die, wenn auch nicht sichere, so doch einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit besitzende Voraussage aufstellen, daß mir etwaigen Angriffen gegenüber Rechtshilfe gewährt werden wird. Im Vertrauen hierauf behaupte ich, daß mir neben der früher in Betracht gezogenen natürlichen, auch die rechtlich soziale Macht zur Betätigung meiner dermaligen Willensenergie zur Verfügung steht und ich werde in diesem Urteile nicht beirrt durch die Möglichkeit, daß im nächsten Augenblick ein Aufruhr entstehen, mich in meiner Arbeit verhindern und daß alle Rechtshilfe wider denselben versagen werde.

5. In gleicher Weise, wie der Zweck der Selbstbehauptung des gesellschaftlichen Lebens nur das begriffliche Wesen des positiven Rechtes darstellt, welches seine erfahrungsmäßige Ausgestaltung und Bestimmtheit erst in Wohlfahrtsinteressen

als spezielleren Zwecken findet, sind auch die Begriffe: rechtliche Macht und rechtliche Machtbeschränktheit determiniert durch die Interessen, zu deren Verwirklichung sie dienen. Ohne diesen besonderen Inhalt können sie zwar als Abstraktionen, aber nicht als Erfahrungsobjekte vorgestellt werden. Sie sind formale Begriffe von Verhältnissen, die im erfahrungsmäßigen, rechtsgesellschaftlichen Leben mit Wohlfahrtszwecken untrennbar verbunden sind, und nur in dieser Verbindung oder Besonderung Erkenntnisobjekte bilden. Die wissenschaftliche Vorstellung wird beide Seiten, das Moment der sozialen Macht und dasjenige der Wohlfahrt, wie Form und Inhalt unterscheiden; sie wird sich dabei jedoch stets dessen bewußt bleiben müssen, daß diese Unterscheidung eine bloß methodische, und daß ihr Objekt nur dann gegeben ist, wenn man die analytisch unterschiedenen Seiten desselben wieder, der erfahrungsmäßigen Tatsächlichkeit entsprechend, synthetisch vereinigt.

Rechtsverhältnisse sind somit soziale, die Realisierung von Wohlfahrtsinteressen bezweckende Machtverhältnisse, rechtliche Machten und rechtliche Machtbeschränktheiten. Sie drücken die auf Rechtsregeln beruhende Wahrscheinlichkeit aus, daß die Verwirklichung eines von dem Machtsubjekte angestrebten Erfolges durch das Verhalten der Rechtsgenossen unterstützt, beziehungsweise gehindert wird.

6. Die Wohlfahrtszwecke der Rechtsverhältnisse können sich nur innerhalb der Grenzen der Naturgesetze, d. i. der natürlichen Möglichkeit, bewegen. Ebenso wie eine auf physisch Unmögliches gerichtete Willensenergie wäre auch soziale Unterstützung in Ansehung unmöglicher Zwecke sinnlos. Ferner muß jeder Rechtszweck, und damit auch jedes Rechtsverhältnis, geeignet sein, allen anderen Rechtszwecken und Rechtsverhältnissen Rechnung zu tragen, da sonst deren

gleichzeitiges Nebeneinanderbestehen innerhalb der Rechtsordnung unmöglich wäre. Hieraus ergibt sich das Postulat, daß die Rechtsverhältnisse als soziale Machtverhältnisse sich sowohl den natürlichen als den rechtlichen Bedingungen der sie erfüllenden Wohlfahrtsinteressen anpassen: ein Prinzip der Elastizität der Rechtsverhältnisse, das weiterhin in § 27 näher darzulegen sein wird. Diesem Prinzipe zufolge erfährt jeder generelle Wohlfahrtszweck eines Rechtsverhältnisses und damit zugleich das einen generellen Zweck in sich tragende Rechtsverhältnis selbst, je nach Lage der jeweiligen natürlichen und rechtlichen Umstände besondere Gestaltungen, die ihm untergeordnete Verhältnisse bilden. Tragen auch diese spezielleren Gestaltungen einen generellen Charakter an sich, so sind sie ihrerseits wieder anderen noch spezielleren rechtlichen Machtverhältnissen übergeordnet. Wenn hingegen die spezielleren Zwecke und die ihnen entsprechenden Machtverhältnisse einer weiteren Spezialisierung nicht mehr zugänglich sind, weil sie nur einer ganz bestimmten, keiner Unterteilung mehr unterliegenden Art von Handlungen oder Unterlassungen zukommen, so bezeichnet der herrschende Sprachgebrauch die betreffenden Machtverhältnisse nicht mehr als Rechtsverhältnisse, sondern als *Befugnisse und Verbindlichkeiten*. *Somit lösen sich in letzter Reihe sämtliche Rechtsverhältnisse als generelle Machtverhältnisse in spezielle Machtverhältnisse*, d. h. *in Befugnisse und Verbindlichkeiten auf*.

7. Daß Befugnis oder rechtliches Dürfen nicht ein bloßes Erlaubtsein ist, sondern ein Mehreres enthält, wird wohl vielfach eingesehen und gelehrt. Worin jedoch das Mehrere besteht, kann insolange nicht klar gemacht werden, als man in der Befugnis eine bloß *ideale* Beziehung vorstellt. Denn die ideale Beziehung kann, ob man sie nun Befugnis oder Erlaubnis nennt, der ihr unterliegenden Handlungsweise

immer nur einen idealen Sinn verleihen. Das rechtsgesellschaftliche Zusammenleben der Menschen aber ist etwas Reales, das durch bloße Ideen nicht begründet und nicht erklärt werden kann, sondern in einem Komplex realer (wenn auch nur potenziell eintretender) Erscheinungen aufgelöst werden muß. Wenn gesagt wird: „Der Eigentümer darf die Sache gebrauchen, verbrauchen, an sich nehmen", so ist nicht bloß gemeint, daß solche Handlungen, wenn sie vorgenommen werden, eine Zustimmung oder Billigung erfahren. Mit einer solchen idealen Beurteilung wäre weder den Interessen des Eigentümers, noch den sozialen Interessen gedient; sie könnte vielleicht eine seelische Befriedigung, nicht aber die reale Institution des Eigentums und deren einzelne Erscheinungen bewirken. Der Eigentümer und mit ihm die Rechtsgenossen, ebenso wie der außenstehende Beschauer, sind sich bei der Vorstellung „Eigentum" eines Mehreren bewußt. Sie sehen in dem „Dürfen" des Eigentümers reale Handlungsmöglichkeiten, die ihm durch den Gesamtwillen gewährt sind. Allerdings involviert diese Gewährung zugleich eine Billigung der Eigentumshandlungen, aber nicht der innere Seelenvorgang der Billigung und nicht der ideelle Charakter eines Gebilligtseins, sondern reale Willensenergien sind die Elemente, aus welchen sich die positive Rechtsordnung als ein in der Erfahrung gegebenes, geordnetes gesellschaftliches Zusammenleben zusammensetzt, und auf welche sich daher auch die Regeln dieses Zusammenlebens beziehen müssen. Solchen realen Charakter, im Gegensatze zu einem bloßen idealen „Erlaubtsein", erlangt der Begriff der Befugnis erst dann, wenn man ihn als Verhältnis einer rechtlichen Macht auffaßt, in welchem der Befugte kraft der in der Rechtsgesellschaft vorhandenen Willensenergien zu dem Gegenstande, auf den seine eigene Willensenergie gerichtet ist, steht.

8. Jeder Befugnis des einen korrespondieren Verbindlichkeiten aller übrigen Rechtsgenossen. *Dieselbe Rechtsregel*, welche ihrem positiven Inhalte nach die potenzielle Unterstützung einer auf einen bestimmten Erfolg gerichteten Willensenergie des Rechtssubjektes begründet, hat zugleich die negative Bedeutung einer potentiellen Verhinderung aller auf widerstreitende Erfolge gerichteten, daher unrechtmäßigen Energien. Es bleibt hiebei völlig außer Betracht, ob der rechtmäßige Erfolg eine *natürliche Veränderung* oder das *Ausbleiben einer natürlichen Veränderung*, ob daher die ihm entgegengesetzte unrechtmäßige Energie die Unterlassung einer natürlichen Veränderung oder die Herbeiführung einer natürlichen Veränderung beinhaltet. Position und Negation betreffen hier lediglich die Qualifikation des (sei es in natürlichen Handlungen oder natürlichen Unterlassungen bestehenden) Verhaltens als eines rechtmäßigen, beziehungsweise unrechtmäßigen (§ 33 Z. 1—2). Der *Satz*: „A. hat die rechtliche Macht zur Verwirklichung einer natürlichen Veränderung oder einer natürlichen Ruhe“ *besagt genau das gleiche* wie der *Satz*: „Die natürlichen Machten der Rechtsgenossen sind rechtlich dahin beschränkt, daß sie den Willenserfolg des A., d. i. im ersten Falle die natürliche Veränderung, im zweiten Falle die natürliche Ruhe, sozial ermöglichen.“ Daß die Rechtsgenossen in Ansehung eines Rechtszweckes rechtlich verbunden sind, *ist* nur der negative Effekt eben jener Rechtsregeln, die *in* positivem Sinn eine Befugnis begründen. Wer $\frac{\text{plus}}{\text{minus}}$ X anstrebt, verhindert eben hiedurch $\frac{\text{minus}}{\text{plus}}$ X; und wer sich dem $\frac{\text{minus}}{\text{plus}}$ X widersetzt, fördert eben hiedurch $\frac{\text{plus}}{\text{minus}}$ X, wobei X den natürlichen Willenserfolg bedeutet, zu dessen Realisierung die rechtliche Macht oder Befugnis und die rechtliche Machtbeschränktheit oder Verbindlichkeit gleichermaßen dienen.

9. Die Verbindlichkeiten sind entweder allgemeine, allen Rechtsgenossen obliegende, oder solche, welche nur einzelne Rechtsgenossen treffen. Spezielle Verbindlichkeiten einzelner Rechtsgenossen bestehen gegenüber jenen Befugnissen, deren Wohlfahrtszweck eine persönliche oder eine wirtschaftliche Leistung jener Einzelnen voraussetzt. Ihr Gegenstand ist die Erbringung einer Leistung (natürliche Handlung oder Unterlassung), in Ansehung deren die natürliche Macht des Verbundenen rechtlich beschränkt ist. Sie resultieren daraus, daß der Verbundene nicht bloß Rechtsgenosse, sondern zugleich Träger jener Gutseigenschaft ist, deren Benützung oder Genuß den Inhalt des Rechtszweckes bildet. Durch den Bestand einer speziellen Verbindlichkeit einzelner Rechtsgenossen werden die allgemeinen Verbindlichkeiten aller Rechtsgenossen als solcher nicht alteriert. Auch rücksichtlich jener Befugnisse, denen besondere Verbindlichkeiten einzelner Personen gegenüberstehen, obliegen allen Rechtsgenossen, welche die natürliche Macht zur Beeinträchtigung des Rechtszweckes besitzen, die vom Rechtszwecke geforderten Beschränkungen (§ 23, Z. 3). Somit liegt das Wesen aller Verbindlichkeiten darin, daß der Gesamtwille die natürlichen Machten, — sei es der Rechtsgenossen als solcher, sei es einzelner unter ihnen in besonders qualifizierter Weise —, beschränkt, indem er sich jedem dem Rechtszwecke zuwiderlaufenden Verhalten widersetzt.

10. Die Korrelation zwischen Befugnis und Verbindlichkeit ist keine Wechselwirkung so, als ob die rechtliche Macht des Einen die Machtbeschränkung Anderer oder umgekehrt die Machtbeschränkung des Einen die soziale Macht eines Anderen verursachen würde. Verhältnisse können nichts verursachen, weil sie überhaupt dem natürlichen Kausalzusammenhange der Erscheinungen nicht angehören. Nicht das Recht des Eigentümers, des Gläubigers, des Vorgesetzten, bewirkt die Verbindlichkeiten der Nichteigentümer,

des Schuldners, der Untergebenen, sondern Befugnisse und Verbindlichkeiten gehen gleichermaßen und zu dem gleichen Zwecke aus dem Gesamtwillen hervor. Immer ist es das regelmäßige Verhalten der Rechtsgenossen, wodurch, um ein Interesse zu gewährleisten, zugleich rechtlich-soziale Macht und rechtlich-soziale Machtbeschränktheit begründet wird.

In dieser Korrelation bildet die rechtliche Macht die positive, die Machtbeschränkung die negative Erscheinung. Denn das den Rechtszweck bildende Wohlfahrtsinteresse liegt auf Seite desjenigen, dem die rechtliche Macht verliehen ist. Zweck der Rechtsregeln ist, ihm die rechtliche Möglichkeit der Realisierung eines Willenserfolges zu gewähren. Daß dies im gesellschaftlichen Zusammenleben eine entsprechende Beschränkung der natürlichen Machten seiner Rechtsgenossen in sich schließt, kann nur als die negative Kehrseite, nicht aber als positiver Inhalt des Rechtszweckes, durch den der Gesamtwille (das rechtlich-soziale Verhalten) bestimmt wird, verstanden werden.

11. Wie die Befugnis, so ist auch die Verbindlichkeit kein ideelles, sondern ein reales Verhältnis. Ihr Begriff ist durchaus verschieden von dem Begriffe der Rechtspflicht, der ethischen Abhängigkeit eines Willenssubjektes von den Rechtsregeln und den Rechtszwecken. Allerdings empfindet jeder Rechtsgenosse die in seiner Rechtsgesellschaft tatsächlich geltenden Regeln auch als Gebote und Verbote, die sein inneres Wollen ergreifen und in ethischem Sinne normativ binden (Kap. III). Unabhängig jedoch von dieser ethischen Bedeutung und ihr vorausgehend ist das Recht, wie in den vorangehenden Ausführungen gezeigt wurde, Regel sozialer Verhaltungsweisen, durch welche (zu den natürlichen hinzutretende) subjektive Möglichkeiten der Willensbetätigungen begründet und natürliche Willensmachten eingeschränkt werden. Solche reinliche Scheidung zwischen dem realen Wesen einer sozialen Machtbeschränktheit oder Gebundenheit und ihrer

ethischen Bewertung als Rechtspflicht ist unabweislich. Ob das Wort „Rechtsverbindlichkeit“ zur Bezeichnung der tatsächlichen, einem sozialen Wohlfahrtsinteresse dienenden Machtbeschränktheit im Gegensatze zur „Rechtspflicht“ als dem korrespondierenden ethischen Verhältnisse, passend gewählt ist, mag bestritten werden. Wir erachten, daß hiefür „Rechtsverbindlichkeit“ eine passendere Bezeichnung ist als etwa der von Brinz (Pandekten, II. Bd., § 206) in einem zwar nicht gleichen, aber annähernd ähnlichen Gedankengange vorgeschlagene Ausdruck „Haftung“, zumal sie schon durch die Ökonomie des wissenschaftlichen Sprachgebrauches, welche es vermeiden soll, für einen und denselben Begriff zwei Worte, „Verbindlichkeit“ und „Pflicht“, zu verwenden, gerechtfertigt sein dürfte. Die Römer haben obligatio und officium gar wohl auseinandergehalten; die Annahme eines „officium externum“ lag ihnen bei dem Worte obligatio gewiß ferne. Indes handelt es sich nicht um einen Namen, sondern um ein Erkenntnisobjekt. Die der natürlichen Macht eines Rechtsgenossen rücksichtlich bestimmter Willenserfolge durch das regelmäßige soziale Verhalten gesetzten realen Schranken sind nun einmal, ganz abgesehen von ihrer ethischen Bedeutung, in der Erfahrungswelt als soziale Phänomene vorhanden und erheischen als solche, gleichviel welchen Namen man ihnen beilegen möchte, ihre wissenschaftliche Betrachtung und Erklärung.

Wenn wir einerseits rechtliche Verbindlichkeit von der ethischen Rechtspflicht, vom Sollen, unterscheiden, so dürfen wir sie andrerseits auch nicht einem Verhältnisse naturgesetzlicher Notwendigkeit, einem Müssen, gleichhalten. Das Wollen des einzelnen kann sich der rechtlichen Beschränkung entziehen und einen dem Rechtszwecke zuwiderlaufenden Erfolg anstreben. Die natürliche Macht des einzelnen kann im Wettstreite oder im Kampfe mit der rechtlichen Macht obsiegen. Sein Verhalten ist sodann ein objektiv unrechtmäßiges, den

tatsächlichen Rechtsregeln zuwiderlaufendes. Dieser objektive Tatbestand eines auf einen rechtswidrigen Erfolg gerichteten Verhaltens ist ganz unabhängig davon, ob ihrem Autor außer und neben der Unrechtmäßigkeit auch ein Verschulden, d. i. die Verletzung einer Rechtspflicht, zu imputieren ist oder nicht (§ 33 Z. 5).

12. Die rechtliche Machtbeschränkung findet in dreifacher Art statt:

a) durch Rechtsregeln, betreffend die von den dazu bestellten staatlichen Organen dem Berechtigten behufs Ausführung seiner Befugnisse im Streitfalle gewährte Rechtshilfe (Prozeßrecht);

b) durch Rechtsregeln, nach welchen einem in seinen Vermögensinteressen Geschädigten neue Rechte gewährt werden (Schadenersatzrecht);

c) durch Rechtsregeln, welche die Realisierung sozialer Interessen mittels Abhaltung der ihnen widerstreitenden Verhaltungsweisen im Wege der Strafandrohung gewährleisten (Strafrecht).

Diesen drei Kategorien von Rechtsverbindlichkeiten entsprechen drei Arten unrechtmäßigen Verhaltens, welche an späterer Stelle (§ 35, Z. 1—4) zu erörtern sind. Dort wird auch darzulegen sein, daß ebenso wie die Verletzung einer Verbindlichkeit von der Verletzung einer Rechtspflicht unterschieden werden muß, auch der objektive Tatbestand eines unrechtmäßigen Verhaltens völlig unabhängig ist von der Frage, ob derselbe von einem rechtlichen Verschulden begleitet ist oder nicht. An gegenwärtiger Stelle ist bloß hervorzuheben, daß alle Arten von Verbindlichkeiten, auch die durch die strafrechtlichen Drohungen und durch den von diesen ausgehenden psychologischen Zwang begründeten Verbindlichkeiten, in erster Reihe lediglich eine Machtbeschränkung, nicht aber

Pflichten involvieren. Auch wo sie mittels Zwanges erfolgt, liegt das Wesen der Rechtsverbindlichkeit, der Zweck der sie begründenden Rechtsregeln, nicht in der Umwandlung des schuldhaften oder pflichtwidrigen Wollens in ein schuldloses, pflichtgemäßes, sondern in der Verhinderung des objektiv rechtswidrigen Erfolges. Der von den Strafandrohungen ausgehende Anreiz bezweckt seinem Begriffe nach nicht eine moralische Besserung der durch sie Bedrohten herbeizuführen, sondern in ihnen ein Motiv zu objektiv rechtmäßigem Verhalten wachzurufen und hiedurch die gegenständlichen rechtlichen Interessen zu gewährleisten. Gerade dort, wo der psychologische Zwang diesen Effekt hat, mangelt die Erfüllung der Rechtspflicht, weil diese nur dann stattfindet, wenn die Rechtsregeln um ihrer selbst willen auf Grund ihrer normativen Funktion befolgt werden. Die Bekämpfung rechtswidriger Erfolge durch die nach Rechtsregeln drohende Strafe, ist daher nichts anderes als eine Beschränkung der den Rechtsgenossen in Bezug auf einen rechtswidrigen Erfolg zustehenden natürlichen Machten durch die strafrechtliche Macht der die einschlägigen staatlichen Interessen vertretenden Justizorgane (§ 36).

13. Ob im einzelnen Falle ein Berechtigter seine Befugnis ausübt oder ein rechtlich Verbundener sich seiner Verbindlichkeit gemäß verhält oder nicht, ist für den Bestand der Befugnis und der Rechtsverbindlichkeit belanglos. Die aktuelle Verwirklichung oder Hinderung der Verwirklichung eines rechtlich gewährleisteten Interesses darf mit dem Machtverhältnisse ebensowenig verwechselt werden, als in der Natur deren Wirklichkeit mit ihren abstrakten Gesetzen und den durch diese begründeten Potenzen verwechselt werden darf. Das Wesen der konkreten Rechtsverhältnisse und der aus denselben resultierenden Befugnisse und Verbindlichkeiten liegt nicht darin, daß sie — sei es im Frieden, sei es im Streite (§ 30) betätigt

werden, sondern darin, daß sie betätigt werden können, daß dem Berechtigten, wenn er die rechtlichen Interessen zu verwirklichen strebt, also potentiell, Rechtshilfe in der Regel zur Verfügung steht; oder, was dasselbe besagt, darin, daß nach Rechtsregeln vorausgesagt werden kann, daß ein etwaiges, auf den wirklichen Genuß des Wohlfahrtszweckes gerichtetes Wollen des Berechtigten der sozialen Unterstützung gegenüber konkurrienden Willensbestrebungen anderer teilhaftig sein wird. Solche Voraussage können wir auch dann aufstellen, das subjektive Recht ist somit auch dann als Erkenntnisobjekt vorhanden, wenn zur Zeit unserer Beurteilung ein aktuelles Wollen des Berechtigten keine Unterstützung findet, ja sogar auch dann, wenn eine solche Unterstützung in einem gegebenen Falle von den Rechtsgenossen, beziehungsweise von den deren soziale Interessen vertretenden Organen (Gerichte, Verwaltungsbehörden) verweigert wurde; vorausgesetzt nur, daß eine den Rechtsregeln gemäße Unterstützung in Zukunft zu gewärtigen ist. In Ermanglung einer solchen Annahme könnte eine Aussage des Bestandes eines Rechtsverhältnisses nicht aufgestellt werden, und zwar auch von demjenigen nicht, der persönlich zu der Überzeugung gelangt wäre, daß die Geltungsvoraussetzungen jener Rechtsregeln, die im allgemeinen Eigentumsrecht begründen, im gegegebenen Falle zugetroffen seien. Denn nicht die subjektiven Überzeugungen Einzelner, sondern die regelmäßigen Verhaltungsweisen der Rechtsgenossen, beziehungsweise ihrer Organe begründen die Rechtsverhältnisse. Wenn also in einem gegebenen Falle die ein Rechtsverhältnis begründende Verhaltungsweise der Rechtsgenossen nicht bloß derzeit versagt, sondern auch für die Zukunft ausgeschlossen erscheint, so liegt kein Rechtsverhältnis vor. In gleicher Weise wäre andererseits, wenn die Rechtsgenossen (beziehungsweise die deren soziale Interessen

vertretende Organe) in einem gegebenen Falle die Willenstätigkeit einer Person in einer den geltenden Rechtsregeln nicht entsprechenden Weise unterstützen, durch diese singuläre Unterstützung an und für sich keineswegs ein Rechtsverhältnis begründet. Wäre es aber auf Grund einer anderweitigen Rechtsregel (z. B. der res judicata) sicher, daß diese ursprünglich regelwidrige Unterstützung auch weiterhin in gleicher Weise stattfinden wird, so wäre das Willenssubjekt kraft dieser anderweitigen Rechtsregel zum Rechtssubjekte erhoben, und die Frage, ob die sonstigen Bedingungen für die Entstehung der Rechtsverhältnisse obgewaltet hatten, wäre belanglos geworden (§ 27, Z. 4).

14. Die hier gegebene Erklärung der Befugnisse und Verbindlichkeiten als Verhältnisse sozialer Machten und Machtbeschränktheiten wäre völlig mißverstanden, wenn man sie als eine jener Theorien ansehen würde, welche das positive Recht aus Macht schlechthin ableiten wollen. Die sogenannten „Machttheorien" haben den Begriff einer isolierten oder natürlichen Macht im Auge, der Macht einzelner Personen oder einzelner Gruppen von Personen, ihre isolierten Zwecke kraft der sie begünstigenden natürlichen Umstände (die auch in der Ergebenheit oder Freundschaft einzelner Menschen liegen können) gegenüber etwaigen Widerständen anderer Individuen durchzusetzen.[13]) Die Unterscheidung und der Gegensatz zwischen einer durch natürliche oder außersoziale Hilfsmittel und einer durch rechtlich-soziales Verhalten der Rechtsgenossen begründeten Macht ist ihnen fremd. Was unsere Lehre mit ihnen gemein hat, besteht bloß darin, das positive Recht als ein System von Regeln realer Vorgänge zu erfassen; was uns von ihnen trennt, ist, daß wir von diesen Regeln alles ausschließen, was sich auf das isolierte Leben, auf isolierte Zwecke und auf isolierte Willenskausalitäten bezieht,

daß wir somit den Inhalt des realen rechtswissenschaftlichen Lebens bloß in sozialen Interessen und auf diese gerichteten sozialen Willensbestrebungen und Willensmächten erblicken. Ihering (Zweck im Rechte, I, Kap. VIII) berührt diesen Begriff unter der Bezeichnung einer „rechten Gewalt", ohne ihn jedoch konsequent zu verfolgen und zur Erklärung der Rechtsverhältnisse zu verwenden. Vielmehr erscheint ihm das „Rechte" in der „Gewalt" als ein Produkt von Imperativen eines „Gesamtwillens", das somit primär nicht einen tatsächlichen, sondern einen ethischen Charakter an sich trägt. Wir hingegen sind der Ansicht, daß im Begriffe „rechte Gewalt", sofern wir ihn als Ergebnis positiven Rechtes auffassen, das Attribut „rechte" nicht in einem ethischen, sondern in einem soziologischen Sinne zu verstehen ist, nicht als eine Gewalt, die ihrem Inhaber zustehen soll, sondern als eine Gewalt, die ihm vermöge der Regeln des rechtlich-sozialen Verhaltens in der Rechtsgesellschaft tatsächlich zusteht, und daß ihr ein ethischer Charakter erst auf Grund und infolge der an jene Regeln des realen rechtlich-sozialen Lebens sich anknüpfenden ethischen Werturteile beigelegt wird. Alle jene, zumeist aus Moralideen abgeleiteten Einwendungen und Proteste, welche gegen die Ableitung des positiven Rechtes aus einer bloß natürlichen Macht oder Gewalt erhoben werden, sind gegenüber den aus regelmäßigem sozialem Verhalten der Rechtsgenossen resultierenden positivrechtlichen Machten hinfällig, weil regelmäßiges soziales Verhalten die wichtigste Grundlage aller menschlichen Fortschritte und aller menschlichen Vervollkommnung ist und diesen seinen ethischen Wert den von ihm begründeten Machtverhältnissen überliefert. Aus dieser ihrer Bedeutung für die menschliche Kultur und Vervollkommnung ergibt sich die normative Funktion der Rechtsregeln (Kap. III).

§ 7. Rechtsregel und Rechtssatz: die Positivität des Rechtes.

1. Stellen wir uns eine Art rechtlich-sozialen Verhaltens der Rechtsgenossen vor, ohne damit das hypothetische Urteil tatsächlichen Vorkommens zu verbinden, so ist der Ausdruck dieser Vorstellung keine Rechtsregel, sondern ein Rechtssatz. Die — bis nun zumeist vernachlässigte — Auseinanderhaltung dieser zwei Begriffe ist für die Theorie des positiven Rechtes von ausschlaggebender Bedeutung. Rechtssätze sind bloße Gedankengebilde, bei denen von der Frage, ob sie den Inhalt einer tatsächlich geltenden Rechtsregel bilden oder nicht, vollständig abgesehen wird, sprachlich ausgedrückte Ideen rechtlich-sozialen Inhaltes. Sie formulieren abstrakte Vorstellungen sozialer Verhaltungsarten, durch welche, im Falle ihrer regelmäßigen tatsächlichen Geltung, rechtliche Machtverhältnisse begründet, ins Leben gerufen oder aufgehoben werden würden. Auch Gesetzentwürfe und Lehrmeinungen, fremde und längst außer Wirksamkeit getretene Gesetze enthalten Rechtssätze. Aber es mangelt ihnen das Moment der tatsächlichen Geltung, der hypothetischen Beziehung auf die Wirklichkeit, der Voraussage realer sozialer Vorgänge. Erst wenn dieses Moment zu einem Rechtssatze hinzukommt, gestaltet er sich zur Rechtsregel im positiven Sinne des Wortes.[14])

2. Tatsächliche Geltung ist daher das Attribut im Begriffe des positiven Rechtes. Positivität des Rechtes bedeutet nichts anderes als tatsächliche Geltung. Es gibt nicht zweierlei positives Recht: ein tatsächlich geltendes und ein ideales. Wer zum Objekt seiner wissenschaftlichen Untersuchung die in der geschichtlichen Erfahrung gegebenen Ordnungen des gesellschaftlichen Lebens wählt, muß dieses Objekt in seiner Vollständigkeit behandeln. Er darf nicht bloße Phantasiebilder von sozialen Vorgängen und Verhältnissen, die keine Erfahrungsobjekte sind, zum Gegenstande nehmen. Die

Wissenschaft des positiven Rechtes gleicht in dieser Richtung den naturgeschichtlichen Wissenschaften. Keinem Forscher auf dem Gebiete der gegebenen Naturerscheinungen wird es beifallen, diese anders vorzustellen, denn als tatsächliche, wirklich oder hypothetisch in der Natur gegebene. Für die naturgeschichtliche Erkenntnis bildet die (wirkliche oder hypothetische) Existenz der Naturdinge einen Bestandteil des Erkenntnisobjektes. Die philosophische Unterscheidung zwischen dem idealen Wesen der Dinge, als dem Inbegriffe ihrer Eigenschaften, und ihrem Dasein (Existenz), hat auf dem Gebiete der Erfahrungswissenschaften, ebensowohl jener, die das isolierte Leben der Dinge in der Natur, als jener, die das gesellschaftliche Leben der Menschen behandeln, keine Anwendungstätte, weil die Erfahrungslehren von vornherein nicht darauf ausgehen, bloße Wesenheiten oder Ideen ohne Realität darzulegen, sondern das Wesen realer Dinge und Vorgänge, also solcher, die entweder bereits in die Erscheinung getreten sind oder unter bestimmten Voraussetzungen erscheinen werden, zu erforschen.

3. In dieser Begrenzung und Sicherheit ihres Stoffes dürfen wir die größte Leistung der rechtshistorischen Schule erkennen, die mit der so folgenreichen Loslösung der Naturwissenschaften von der Naturphilosophie und ihrer Beschränkung auf Erfahrungsobjekte zusammenhing. Daß die historische Schule es nicht zu einer allgemeinen Rechtslehre auf erfahrungsmäßiger Grundlage brachte, vielmehr nur aphoristische Ansätze zu einer solchen Lehre lieferte, hat darin seinen Grund, daß es sich zu ihrer Zeit zunächst darum handelte, die Vorteile, welche eine interpretative Behandlung des in der Erfahrung gegebenen Rechtsstoffes gegenüber der aprioristischen Deduktion aus Vernunftidealen (dem Vernunftrechte) darbot, auszunützen. Für diese Tätigkeit war eine Kritik des Rechtsstoffes selbst, eine voraussetzungsfreie Betrachtung und Untersuchung der tat-

sächlichen Erscheinungen des Rechtslebens und deren soziologische Analyse nicht unbedingt erforderlich, ja eher hinderlich. Sie beschied sich daher mit der kritiklosen Hinnahme der überlieferten Rechtsregeln als Normen, die zugleich für ihre deduktive Methode die bequemste Grundlage abgab. Imperativ und Erlaubnis enthalten aber an sich nichts von tatsächlichem Stattfinden des anbefohlenen oder erlaubten Verhaltens, somit auch keinen Unterscheidungsgrund zwischen Rechtsregel und Rechtssatz. Nunmehr jedoch scheint die Zeit gekommen zu sein, um die Normentheorien in Bezug auf ihre wissenschaftliche Legitimation, und die normative Funktion des positiven Rechtes selbst in Bezug auf ihren Ursprung und ihre Eignung zur Erklärung des Rechtslebens einer Kritik zu unterziehen. Eine unumgängliche Voraussetzung solcher Kritik ist die Einsicht, daß der denkende Geist wohl Rechtssätze bilden kann, daß jedoch Rechtsregeln nur durch und in einer menschlichen Gesellschaft entstehen und bestehen können; woraus folgt, daß die uns in der Erfahrung entgegentretenden Erscheinungen des Rechtslebens nicht adäquat begriffen werden können, solange man sie bloß auf Rechtssätze, wären diese auch in dem Geiste irgendwelcher Gesetzgeber als Imperative oder Erlaubnisse gebildet, zurückführt. Denn alles, was irgend ein individueller Geist, wäre es auch derjenige gesetzgeberischer Persönlichkeiten, produziert, also nicht der realen Welt entnimmt, ist in sich selbst bloß ein Werk seiner Phantasie. Es müssen andere physische und psychische Energien, bei den Rechtssätzen die Willensenergien der Rechtsgenossen, hinzutreten, um den Gedankeninhalt zum Inhalt realer Erscheinungen zu machen. Dies gilt ebenso wie von den Phantasiegestalten des Künstlers auch von denjenigen der Gesetzesverfasser und aller anderen Personen, welche Rechtssätze ersinnen. Unter

welchen Voraussetzungen so gebildete, an sich bloß ideale Rechtssätze zum Inhalte von Rechtsregeln werden, hat die Lehre von den Quellen des positiven Rechtes darzulegen (Kap. IV).

§ 8. Regeln des rechtlich-sozialen und des konventionell-sozialen Verhaltens.

1. Da im sozialen Verkehre der Menschen neben den Rechtsregeln noch andere Regeln des Verhaltens (religiöse Gebräuche, Regeln des geselligen Verkehres, des Anstandes, der Mode usw.) teils innerhalb der Rechtsgesellschaft, teils bei Segmenten derselben stattfinden, so muß jeder denkende Jurist sich die Frage nach deren Unterscheidungsgrunde vorlegen. Eine realistische Betrachtung der Rechtserscheinungen kann das Merkmal, welches die rechtlich-sozialen Regeln gegenüber den sonstigen sozialen Regeln kennzeichnet, nicht darin erblicken, daß die Rechtsregeln Befehle irgend einer persönlichen Autorität seien, während die konventionellen Regeln einer solchen Autorität ermangeln. Sie vermag als reale Träger aller Regeln des sozialen Lebens nur die Rechtsgenossen selbst, insofern ihr Verhalten einer empirischen Gesetzmäßigkeit unterliegt, zu erkennen. Solche Regelmäßigkeit weist aber das rechtlich-soziale, ebenso wie das konventionell-soziale Verhalten auf.

Wir können das unterscheidende Merkmal auch nicht darin finden, daß die Einhaltung der Rechtsregeln erzwungen werde oder erzwungen werden könne. Es wurde bereits in § 3, Z. 4 gezeigt und soll auch aus unseren weiteren Ausführungen erhellen, daß der Begriff des „Zwanges“ durchaus unzureichend ist, um die Erscheinungen des Rechtslebens zu charakterisieren. Er läßt das Moment der Befugnis oder sozialen Macht völlig unbeachtet, vermag aber auch die in den Rechtsverbindlichkeiten liegenden Machtbeschränkungen, soweit sie sich mit Umgehung des Wollens des Verbundenen vollziehen,

nicht zu erklären. Vollends die normative, wahre Rechtspflichten begründende Funktion der Rechtsregeln spottet jeder Erklärung durch den Begriff des Zwanges. Hiezu kommt, daß auch die konventionellen Regeln des Zwangsmomentes keineswegs entbehren. Der Begriff „Zwang" ist ja nicht an den Gerichtsvollzieher, Gefängniswärter oder Henker geknüpft. Öffentliches Ärgernis, soziale Mißachtung, der Verlust freundschaftlicher oder geselliger Beziehungen bewirken unter Umständen einen ebenso starken, vielleicht noch stärkeren Zwang zur Einhaltung sozialer Regeln als die im positiven Rechte behufs Einhaltung rechtlicher Verbindlichkeiten zur Verfügung stehenden Zwangsmittel.[15])

2. Eine von allen dem gesellschaftlichen Leben fremden Voraussetzungen freie, unmittelbare Anschauung und Vergleichung der Rechtssitten und der konventionellen Sitten wird sich dem Unterschiede nicht verschließen können, der darin liegt, daß die Rechtssitten in der Betätigung rechtlicher Machten und Machtbeschränktheiten bestehen, die konventionellen Sitten hingegen der sozialen Machtverhältnisse völlig entbehren. Die Eigenschaft, Grundlage zu sein für eine, irgend welchen Mitgliedern der Rechtsgesellschaft zustehende, soziale Macht oder obliegende soziale Machtbeschränktheit ist allen Regeln des rechtlich-sozialen Verhaltens, und nur ihnen, gemeinsam. Sie steht mit dem obersten Zwecke des positiven Rechtes, der Selbstbehauptung eines gesellschaftlichen Lebens, der nur im Wege einer sozialen Machtordnung realisierbar ist, im Zusammenhange. Die Begriffe soziale Macht und Machtbeschränktheit bedeuten nicht (wie derjenige des „Zwanges") etwas, was neben den Befugnissen und Verbindlichkeiten des positiven Rechtes einhergehen würde; denn Befugnis ist mit rechtlicher Macht, und Verbindlichkeit ist mit rechtlicher Machtbeschränkung ein und dasselbe. Weder vermöge seiner isolierten Macht, noch vermöge irgend welcher

Ideen, sondern kraft des regelmäßigen Verhaltens aller an der gesellschaftlichen Ordnung Teilnehmenden, steht jemand in dem Verhältnisse eines Eigentümers oder Gläubigers, eines Erben oder eines Schuldners, eines vorgesetzten oder untergebenen Staatsbeamten, eines juristischen Familienoberhauptes oder Familienkindes. Gegenstand der Rechtssitte sind also nicht individuelle Handlungsweisen, welche angeblich „erzwungen" werden oder erzwungen werden können, sondern vielmehr jene sozialen Handlungsweisen, welche man ungenau und unerschöpfend als „Zwang" im aktiven Sinne des Wortes bezeichnet, jenes Verhalten der Rechtsgenossen, durch welches eine von den natürlichen Machtverhältnissen der einzelnen verschiedene, diese Machtverhältnisse bald erweiternde, bald verringernde, soziale Machtordnung gesetzt wird.

Demgegenüber betreffen die konventionellen Regeln Verhaltungsweisen, die niemandem eine Befugnis oder soziale Macht gewähren und niemandem eine Verbindlichkeit oder soziale Machtbeschränkung auferlegen. Die Verletzung einer hergebrachten Anstandssitte hat keinen regelmäßigen Widerstand seitens der Gesellschaftsmitglieder zu gewärtigen und es findet kein regelmäßiges Verhalten der Gesellschaftsmitglieder statt, durch welches einer Person die rechtliche Macht gewährt würde, die Verletzung einer Anstandssitte zu verhindern. In dem Augenblicke, wo ein solches Machtverhältnis stattfände, wäre auch schon die Anstandsregel zur Rechtsregel erhoben. Während also in Ansehung der konventionellen Regeln nur die Handlungen oder Unterlassungen einzelner Personen in Betracht kommen, und als den Regeln entsprechend oder widersprechend qualifiziert werden, betreffen die Rechtsregeln ein Verhalten, welches die Rechtsgenossen nicht nur für ihre eigene Person, sondern auch rücksichtlich des Verhaltens aller anderen be-

obachten, indem sie dieses unterstützen oder sich ihm widersetzen. Mit anderen Worten: in der konventionellen Regelmäßigkeit kommen die einzelnen Handlungen und Unterlassungen bloß in ihrer Beziehung auf isolierte Interessen oder doch nur in Beziehung auf solche soziale Interessen, die *keiner rechtlichen Gewährleistung mittels sozialer Machtverhältnisse für wert befunden werden*, in *Betracht*.

3. Ein ganz anderer Gegensatz als der zwischen Rechtsregeln und konventionellen Regeln besteht zwischen den Rechtsregeln und Moralgesetzen. Über diesen wird im nächsten Kapitel im Zusammenhange mit der normativen Funktion der Rechtsregeln, d. h. mit der ethischen Bedeutung der positiven Rechtsordnung, zu sprechen sein.

III. Kapitel.

Die Rechtsregeln als verpflichtende Normen.

§ 9. Die normative Funktion der Rechtsregeln.

1. Dieselben Rechtsregeln, welche Gleichmäßigkeiten des tatsächlichen rechtlich-sozialen Verhaltens ausdrücken, enthalten zugleich die an jedes Mitglied der Rechtsgesellschaft gerichtete ethische Aufforderung, sich ihnen anzuschließen, somit keine Handlungen oder Unterlassungen zu setzen, welche ihnen und damit zugleich den *ihnen* inhärierenden Rechtszwecken zuwiderlaufen. Die normative Funktion der Rechtsregeln setzt deren tatsächliche Geltung voraus und darf nicht vermengt werden mit der gesetzlichen Vorschrift als Rechtsquelle, mit dem an alle Rechtsgenossen gleichmäßig gerichteten gesetzgeberischen Imperative, der verlangt, daß irgend welche Rechtssätze zu Rechtsregeln erhoben werden sollen. Der Rechtsimperativ ist vom Imperativ des Staatsoberhauptes, lautend: „jus esto“ in gleicher Weise auseinanderzuhalten, wie Recht und Gesetz. Von dem gesetzgeberischen Imperative als Quelle positiven Rechtes wird an späterer Stelle (§ 13) zu sprechen sein. Hier ziehen wir die Rechtsimperative in Betracht, vermöge deren die einzelnen Rechtsgenossen zu einem mannigfaltigen, je nach Umständen verschiedenen, dem Inhalte der auf den jeweils gegebenen Fall bezüglichen Rechtsregel entsprechenden Verhalten verpflichtet sind.

Es drängt sich hiebei in erster Reihe die Frage auf: Worin liegt der ethische Grund der von den tatsächlich geltenden Rechtsregeln ausgehenden ethischen Verpflichtungen? „Welches ethische Prinzip begründet es, daß wir ein den Rechtsregeln — ohne Rücksicht auf deren Güte oder Nützlichkeit — gemäßes Verhalten loben und ein ihnen zuwiderlaufendes, also positiv unrechtmäßiges Verhalten tadeln?“ Diese Frage ist von der häufig vorangestellten anderen Frage: „Welches ist der Grund der Verbindlichkeit der Gesetze?“ sehr verschieden. Zunächst, weil letztere Frage den eben erwähnten Fehler einer Vermengung des Begriffes „Gesetz“ mit dem Begriffe „Recht“ begeht; sodann deshalb, weil sie im Ausdrucke „Verbindlichkeit“ die innere ethische Verpflichtung und jene äußere Bindung, die wir bereits in § 6 als positivrechtliche Verbindlichkeit bezeichnet und von der Pflicht unterschieden haben, amalgamiert.[16])

Daß die Regeln des positiven Rechtes, ganz abgesehen von ihrem Inhalte, an sich eine normative Funktion ausüben, daß wir es für eine ethische Pflicht halten, ihnen gerecht zu werden, und für eine Pflichtwidrigkeit, wenn ein Rechtsgenosse, solange er es ist, sich von ihnen um eines isolierten Interesses willen lossagt, ist zunächst eine Tatsache des empirischen Gewissens. Ihre ethischen Gründe sind objektiver und subjektiver Art. Das objektive Prinzip liegt darin, daß die positiven Rechtsregeln und die ihnen innewohnenden Rechtszwecke in ihrer Gänze der Selbstbehauptung eines gesellschaftlichen Zusammenlebens der Menschen dienen, und daß ein gesellschaftliches Leben der Menschen, als notwendige Voraussetzung aller geistigen und physischen Vervollkommnung und allen Kulturfortschrittes, eines der höchsten ethischen Güter bildet. Aus diesem objektiven ethischen Werte der tatsächlichen Geltung von Rechtsregeln entspringt die Anforderung an jeden einzelnen der Selbstbestimmung fähigen Rechtsgenossen, sich solche

Zwecke zu setzen, die mit den Rechtszwecken übereinstimmen, und sich solcher Zwecke zu enthalten, die den Rechtszwecken widerstreiten. Das subjektive Prinzip der Rechtspflicht ist eine Spezialisierung des ethischen Gebotes: „Achte deinen Nächsten wie dich selbst“ und lautet: „Verhalte dich zu anderen so, wie du willst, daß sie sich zu dir verhalten.“ In diesem Grundsatze sind zwei Forderungen enthalten: die Forderung von Handlungen („Handle gegen einen anderen so, wie du willst, daß er dir gegenüber handle“) und die Forderung von Unterlassungen („Was du nicht willst, daß dir von anderen zugefügt wird, das füge du anderen nicht zu“). Diese Gebote und Verbote finden auf jeden Anwendung, der an der nur durch ein Zusammenwirken Aller realisierbaren sozialen Wohlfahrt beteiligt ist. Der ihm so gewährleistete Mitgenuß an der sozialen Wohlfahrt legt jedem der Selbstbestimmung fähigen Rechtsgenossen die Verpflichtung auf, auch seinerseits den anderen Rechtsgenossen denselben Mitgenuß zu ermöglichen, das Gute mit Gutem zu vergelten.[17])

2. Die Rechtsregeln haben demnach eine doppelte Geltungsart:

a) Die tatsächliche Geltung, in welcher die Rechtsregel ein bestimmtes, soziale Machtverhältnisse oder Rechtsverhältnisse begründendes gleichmäßiges Verhalten der Rechtsgenossen abstrakt ausdrückt;

b) die normative oder ethische Geltung, welche die an jeden einzelnen ergehende Aufforderung enthält, sich selbst zu einem rechtmäßigen Verhalten, d. i. zum Anschlusse an die Rechtsregeln und zur Mitwirkung an den Rechtszwecken zu bestimmen.

In der ersten Betrachtungsweise bildet jedes von der Rechtsregel abweichende, d. h. unrechtmäßige Verhalten eine Ausnahme in logischem Sinne, der, ebenso wie dem regelmäßigen Verhalten, bloß die Bedeutung einer tatsächlichen

Erscheinung zukommt. Der Begriff der Bewertung findet hier keine Anwendung, die Beurteilung ist eine bloß erkenntnistheoretische, Tatsachen feststellende. Gegenstand der zweiten, der normativen Beurteilung hingegen ist das Verhalten, insofern es auf einer inneren Selbstbestimmung zum Anschlusse an die Rechtssitte oder zu einer Abweichung von ihr beruht; das unrechtmäßige Verhalten erscheint hier nicht als tatsächliche Ausnahme, sondern als Normwidrigkeit oder Schuld. Diese ethischen Bindungen der Willkür sind die Rechtspflichten, welche jedem einzelnen gegenüber allen anderen Rechtsgenossen im Bereiche des rechtsgesellschaftlichen Lebens obliegen.

3. Durch die dargelegte Bedingtheit von einer tatsächlich geltenden Rechtsordnung unterscheidet sich die positive Rechtspflicht von den moralischen Pflichten, welche dem einzelnen nicht als Rechtsgenossen, sondern als Menschen obliegen. Bei jeder Pflicht, der moralischen sowohl als der Rechtspflicht, wird an die Zweckbildung des einzelnen Willenssubjektes der Wertmaßstab eines objektiven, allgemein gültigen Zweckes angelegt. Der Unterschied zwischen den zwei Arten der Pflicht liegt bloß in der Verschiedenheit der den Maßstab bildenden ethischen Zwecke. Die moralischen Zwecke können von jedem Einzelnen für sich verfolgt und verwirklicht werden. Die Rechtszwecke hingegen können nicht anders als durch ein regelmäßiges Zusammenwirken sämtlicher Rechtsgenossen verwirklicht werden. Handlungen und Unterlassungen des Einzelnen, mögen sie auch den Anforderungen der Moral vollkommen entsprechen, vermögen für sich allein keinen Rechtszweck zu realisieren, sondern nur zu seiner Realisierung beizutragen. Wer z. B. ein von ihm gemachtes Versprechen einhält, leistet einem moralischen Zwecke, und demgemäß einer moralischen Pflicht Genüge, völlig unabhängig davon, ob das Einhalten derartiger Zusagen den Zweckinhalt

einer Regel rechtlich-sozialen Verhaltens bildet oder nicht; der moralische Zweck bindet ihn, auch wenn er und der Promissar allein stehen, auch wenn das Leisten des Versprochenen keinerlei soziale Interessen berührt, demzufolge auch kein Ziel bildet, auf welches das regelmäßige Verhalten der anderen Rechtsgenossen gerichtet wäre. So weit hingegen die Einhaltung einer Zusage Erfüllung einer *Rechtspflicht* ist, *betätigt sie einen Zweck, der nicht bloß dem Promittenten, sondern allen Rechtsgenossen gesetzt ist*, zu dessen Verwirklichung sie alle direkt oder indirekt, vermöge der durch ihr regelmäßiges Verhalten begründeten rechtlichen Machtverhältnisse beitragen. Eine rechtliche Verpflichtung zu der Leistung eines Versprochenen erwächst für den Promittenten nur daraus, daß diese Leistung einem rechtsgesellschaftlichen, d. i. tatsächlich geltenden Rechtsregeln innewohnenden Zwecke entspricht. Somit ist positive *Rechtspflicht in Ermanglung einer Regel rechtlich-sozialen Verhaltens undenkbar*. Aus einem an den einzelnen Menschen ergehenden Gebote oder Verbote irgend einer Autorität — möge man als solche Gott oder die Vernunft oder irgend eine menschliche Persönlichkeit ansehen — kann sie nicht resultieren. Möge die vollkommenste Religion oder die geläuterteste ethische Überzeugung oder der weiseste aller Menschen ein Verhalten vorschreiben: die Befolgung des Gebotes bildet insolange keine positivrechtliche Handlung, entspricht daher auch insolange keiner positivrechtlichen Pflicht, als nicht der Inhalt des Gebotes zugleich Inhalt einer tatsächlich geltenden Rechtsregel ist.

Die ethischen Billigungen und Mißbilligungen eines dem positiven Rechte entsprechenden, beziehungsweise widersprechenden Verhaltens sind demnach von einem Gesamtwillen, als dem Inbegriffe tatsächlich geltender Regeln eines gesellschaftlichen Zusammenlebens, bedingte, nur in Beziehung

auf diese Rechtsregeln gültige Werturteile. Der Makel der schuldhaften Rechtswidrigkeit kann eine nach anderer Richtung sittliche Handlung treffen; und das Lob verdienstlicher Rechtmäßigkeit kann einer nach sonstigen ethischen Grundsätzen verwerflichen Handlungsweise zu statten kommen. Gewiß kann und wird der Inhalt der Rechtsregeln zumeist mit dem Inhalte einer moralischen Menschenpflicht kongruieren. Allein nicht diese allgemein menschlich moralische Pflicht, sondern die Pflicht, sich einem regelmäßigen sozialen Verhalten anzuschließen und hiedurch an der Rechtsordnung mitzuwirken, ist gemeint, wenn wir von positiver Rechtspflicht sprechen. Das Gebot: „Du sollst nicht betrügen“ oder „Du sollst nicht durch Wucher die Notlage eines anderen ausbeuten“ hat eine doppelte ethische Bedeutung: einmal eine solche, die ganz unabhängig davon ist, ob das „Nichtbetrügendürfen“ oder das „Nichtwucherndürfen“ eine Rechtsregel ist, die also nicht an die Mitglieder einer bestehenden Rechtsgesellschaft, sondern an jeden Menschen gerichtet ist; sodann eine solche, die nur insoweit gilt, als in einer Gesellschaft eine soziale Regel der Machtbeschränkung in Ansehung des Betruges oder des Wuchers tatsächlich besteht und sich an die Gesellschaftsmitglieder wendet. In der ersten Bedeutung gilt das Gebot vermöge des moralischen Wertes seines Inhaltes an und für sich, für jeden Menschen ohne Rücksicht darauf, ob ihm die Eigenschaft eines Rechtsgenossen zukommt oder nicht. In der zweiten Bedeutung gilt das Gebot nur vermöge des ethischen Wertes eines rechtsgesellschaftlichen Zusammenlebens und nur für die an demselben Beteiligten. Wo und insofern als für die Wahrhaftigkeit oder Humanität im wirtschaftlichen Verkehre der Menschen untereinander keine Rechtsregel besteht, d. h. insofern als die natürliche Macht der Menschen, einander wechselseitig zu übervorteilen oder zu betrügen, keiner sozialen Macht-

beschränkung unterliegt, kann auch von einer positiven Rechtspflicht zur Unterlassung solcher Handlungen im Verkehre nicht gesprochen werden; die Mißbilligung des Betruges und des Wuchers ist sodann nur eine moralische (cf. § 11, Z. 1).

4. Dagegen stimmt die normative Funktion des positiven Rechtes mit derjenigen der Moralgesetze darin durchaus überein, daß beide nicht den äußeren Erfolg des Wollens, somit nicht die äußere Seite der Willenskausalität, sondern nur die innere Seite, die Selbstbestimmung des Subjektes, betreffen. Selbstbestimmung ist hiebei nicht in transzendentalem Sinne zu verstehen, sondern als der Erfahrungsbegriff von einem inneren Geistesvorgange, als der Entschluß des empirischen Ich, sich einem äußeren Reize zu fügen oder nicht zu fügen. Das transzendentale Problem einer menschlichen „Willensfreiheit" bleibt beim empirischen Gebrauche des Begriffes „Selbstbestimmung" völlig außer Betracht. Selbstbestimmung (ähnlich wie das empirische Selbstbewußtsein und Selbstgefühl) enthält nur die Vorstellung davon, daß das Willenssubjekt nicht nach außen, sondern in seinem Innern tätig ist, das Lebendigwerden der im Willenssubjekte ruhenden, auf einen Zweck gerichteten geistigen Energie. Diese innere Tätigkeit und nur sie, nicht auch die Wirksamkeit nach außen, ist einer Billigung oder Mißbilligung, einer normativen Beurteilung oder ethischen Bewertung vom Gesichtspunkte irgend welcher untereinander konkurrierender und einander wechselseitig ausschließender menschlicher Zwecke zugänglich. Die so weit verbreitete Ansicht, daß sich Rechtspflichten von sonstigen Pflichten darin unterscheiden, daß jene sich nur auf die innere Willensregung, diese nur auf die nach außen wirksame Handlung oder Unterlassung beziehen, beruht auf einer Verwechslung des Begriffes der Rechtspflicht mit dem Begriffe der Rechtsverbindlichkeit als sozialer Machtbeschränkung und ist durchaus abzulehnen. Denn daß ein

Wollen nach außen wirksam wird, hängt nicht bloß von der Selbstbestimmung des Willenssubjektes, sondern auch von den äußeren Umständen ab, die seine natürliche Macht, zu handeln, begründen. Die äußeren Bedingungen in das normative Moment der Rechtsregeln einzubeziehen, ist aber nicht minder sinnlos, als es eine Unterstellung derselben unter die sonstigen ethischen Gesetze wäre. Wenn jemand die Erfüllung einer Rechtsverbindlichkeit unterläßt, von welcher ihm nichts bekannt ist, so hat er zwar die rechtlichen Grenzen seiner natürlichen Macht überschritten und sich unrechtmäßig verhalten; aber sein Wollen ist kein pflichtwidriges. Wir können ihm Verletzung einer Rechtspflicht ebensowenig zur Last legen, als es uns beifallen würde, seine Handlung oder Unterlassung als unsittlich zu charakterisieren. Den unwissentlichen oder gutgläubigen Besitzer einer fremden Sache, den Schuldner, der — sei es aus Rechtsunkenntnis, sei es aus Unkenntnis der Sachlage — das Geschuldete nicht leistet, den Richter oder sonstigen Staatsbeamten, der trotz Aufgebotes seiner besten Geisteskräfte unrichtig entscheidet, das Kind, den Wahnsinnigen, eines pflichtwidrigen Verhaltens zu zeihen, dagegen aber das Verhalten desjenigen, der den Rechtszweck unbewußt oder gezwungen erfüllt, oder für dessen Rechnung von einer dritten Person rechtmäßig gehandelt wird, auch wenn sein innerer Willensentschluß ein rechtswidriger gewesen wäre, als pflichtgetreu hinstellen: heißt der schuldbaren Widerrechtlichkeit jeden Makel, der Rechtspflicht jede ethische Würde nehmen und die Begriffe „Pflichterfüllung“ und „Pflichtwidrigkeit“ in der Lehre vom positiven Rechte in einem Sinne gebrauchen, der ihnen auf allen anderen Gebieten menschlichen Denkens und Handelns fremd ist. Die sogenannte „äußere Rechtspflicht“ ist ein Fehlbegriff, ein erkünstelter Notbehelf, zu dem die herrschenden Theorien nur deshalb greifen, weil sie die normative Funktion der Rechtsregeln mit deren tatsächlichem Wesen

vermengend, auch jene Erscheinungen, die eine vom normativen Momente unabhängige tatsächliche Geltung haben, in dasselbe hineinzupressen sich genötigt finden.

Gebote und Verbote der Moral gehen unmittelbar von einer souveränen Normenquelle, vom allgemein menschlichen sittlichen Bewußtsein aus, während die Gebote und Verbote des positiven Rechtes von einer tatsächlichen Regel des sozialen Verhaltens abhängig und bedingt sind. Man möchte mit jenem Vorbehalte, der bei allen Symbolen gemacht werden muß, die moralischen Gebote dem Sonnenlichte und die Vernunft als ihre Quelle der aus sich selbst Licht erzeugenden Sonne vergleichen, das positive Recht aber dem Monde, der Sonnenlicht reflektiert und nur deshalb dem unkritischen Auge als lichtspendend erscheint. In Wahrheit ist der Mond ein Ding ganz anderer Art und Licht wird von ihm nur vermöge dieser anderen Art verbreitet. Ebenso wie sein Leuchten eine bloß sekundäre Erscheinung seiner sonstigen realen Natur ist, so reflektiert die tatsächlich geltende Rechtsordnung ethische Imperative, deren wahre Quelle in der die tatsächliche Regelmäßigkeit des rechtlich-sozialen Verhaltens als solche ethisch bewertenden Vernunft liegt.

§ 10. Rechtspflicht und Rechtsverbindlichkeit.

1. In ihrer tatsächlichen Geltung sind die Rechtsregeln ein Erkenntnisobjekt in gleicher Weise für die außerhalb der Rechtsgesellschaft stehenden wie für die Rechtsgenossen. Normativ hingegen gelten die Rechtsregeln bloß für die Rechtsgenossen, weil die in den Rechtsregeln enthaltenen Rechtszwecke nur für sie in Betracht kommen. Denjenigen, welche an dem betreffenden positiven Rechte nicht teilnehmen, sondern dasselbe bloß erkennen wollen — und zu diesen gehören nicht bloß die der Rechtsgemeinschaft Fremden, sondern auch die Rechtsgenossen, insofern sie wissenschaftliche Urteile

bilden — legen die Rechtsregeln keine Pflicht auf. Für die theoretische Betrachtung des Rechtslebens haben die aus demselben resultierenden Rechtspflichten nur die Bedeutung, daß die einer Selbstbestimmung fähigen Rechtsgenossen durch das Pflichtbewußtsein vielfach im Sinne des Anschlusses an die tatsächlich geltenden Rechtsregeln beeinflußt werden. Es findet auf diesem Wege eine Rückwirkung der Regeln des rechtlich-sozialen Verhaltens auf dieses selbst statt, wodurch deren Allgemeinheit und Sicherheit verstärkt wird. Solche Rückwirkung greift jedoch bloß bei jenen Rechtsgenossen Platz, die sich der tatsächlich geltenden Rechtsregeln und ihrer Anwendbarkeit im konkreten Falle bewußt sind, welche demnach die Fähigkeit besitzen, sich im Sinne der Rechtsregeln und Rechtszwecke selbst zu bestimmen; sie reicht somit durchaus nicht dazu aus, die Rechtsordnung zu erklären. Jeder Versuch, das positive Recht als Folge einer Rechtspflicht, die tatsächliche Geltung der Rechtsregeln als Folge ihrer normativen Geltung zu erklären, involviert daher ein unstatthaftes und irreführendes logisches Hysteron proteron. Daß die Rechtslehren sich des öfteren dieses Denkfehlers schuldig machen, beruht zumeist auf dem bereits oben angeführten Fehler einer Verwechslung des Begriffes „gesetzliche Vorschriften“ mit dem Begriffe der durch die gesetzliche Vorschrift vermittelten Rechtsregel. Dies ist in der Lehre von den Rechtsquellen (Kap. IV) näher darzulegen. An gegenwärtiger Stelle dient das Bemerkte bloß dazu, den Begriff der positiven Rechtspflicht durch deren Rückwirkung auf die Regelmäßigkeit des rechtlich-sozialen Verhaltens nicht beirren zu lassen, und trotz derselben daran festzuhalten, daß Rechtspflicht ihrem Wesen nach nicht Quelle, sondern Folge des tatsächlich geltenden positiven Rechtes ist.

2. Wir können nunmehr das Verhältnis, in welchem die Rechtspflicht zur Rechtsverbindlichkeit steht, näher präzisieren.

Wenn wir sagen, daß die tatsächlich geltenden Rechtsregeln dem einzelnen Rechtsgenossen gegenüber eine normative Funktion haben, so gilt dies nur rücksichtlich der durch sie begründeten Machtbeschränkungen, nicht auch rücksichtlich der rechtlichen Machten. Wohl kann die Einräumung rechtlicher Macht von einer Rechtspflicht begleitet sein des Inhaltes, daß ihr Subjekt (als Vertreter fremder, privater oder öffentlicher Interessen, §§ 20—21) seine Befugnis ausüben oder nicht ausüben solle. Dann aber geht neben der Befugnis auch eine Verbindlichkeit einher, und nur insoweit letztere besteht, insoweit das Subjekt nicht bloß berechtigt, sondern auch rechtlich verbunden ist, kann ihm eine Rechtspflicht imputiert werden. Der Inhalt einer Machtbeschränkung oder Verbindlichkeit wird zum Inhalte einer Rechtspflicht dadurch, daß an den rechtlich Verbundenen die ethische Anforderung ergeht, sich der Beschränkung seiner Macht aus eigenem Entschlusse, aus einer Selbstbestimmung heraus, zu fügen. Rechtsverbindlichkeit und Rechtspflicht betreffen also ein und dasselbe Verhalten; die Rechtsverbindlichkeit insofern, als sie der natürlichen Macht des Unterworfenen äußere, sei es kausale, sei es motivierende Schranken setzt, die Rechtspflicht insofern, als sie ein ethisches Urteil des Verdienstes oder der Schuld involviert.[18])

Vielleicht dient es dem deutlicheren Verständnisse, wenn wir folgende Proportionen formulieren:

a) Rechtsverbindlichkeit : Rechtspflicht = tatsächliche Geltung : normativer Geltung (der Rechtsregeln);

b) Rechtsverbindlichkeit : Rechtspflicht = Rechtmäßigkeit : rechtlichem Verdienste;

c) tatsächliche Geltung : normative Geltung (der Rechtsregeln) = Rechtmäßigkeit : rechtlichem Verdienste.
= Unrechtmäßigkeit : rechtlichem Verschulden.

3. Rechtspflicht hat somit zweierlei Voraussetzungen:

a) den Bestand einer Rechtsverbindlichkeit, beziehungsweise die tatsächliche Geltung einer die Rechtsverbindlichkeit begründenden Rechtsregel. Wer ein Versprechen hält, wer sich eines Angriffes auf Leib oder Leben eines anderen enthält, wer einen gemeingefährlichen Erfolg abhält oder einen gemeinnützigen Erfolg herbeiführt, erfüllt eine Rechtspflicht nur dann, wenn eine Rechtsregel besteht, zufolge deren der betreffende Erfolg einen Rechtszweck bildet, d. h. mittels rechtlicher Machten und Machtbeschränkungen der Rechtsgenossen (zu denen auch er gehört) angestrebt wird. Würde ihn eine rechtliche Machtbeschränkung in der betreffenden Richtung nicht treffen, so wäre für die Annahme einer Rechtspflicht, für die Qualifizierung seines Entschlusses und seines Verhaltens als eines rechtspflichtgemäßen oder rechtspflichtwidrigen, kein Substrat vorhanden.

b) Außer dem Bestande einer Rechtsverbindlichkeit setzt aber Rechtspflicht auch die Möglichkeit der Selbstbestimmung im Sinne der Verbindlichkeit voraus. Das ethische Verdienst liegt darin, daß der Handelnde sich aus eigenem Entschlusse der Machtbeschränkung fügt, das ethische Verschulden liegt darin, daß er sich der Machtbeschränkung aus eigenem Entschlusse nicht fügt. Rechtmäßigkeit und Unrechtmäßigkeit sind Attribute der Handlung oder Unterlassung, insofern als ihr Zweck objektiv mit einem Rechtszwecke übereinstimmt oder demselben widerstreitet; Pflichtmäßigkeit und Pflichtwidrigkeit sind Attribute derselben Handlung und Unterlassung, insofern als jene Übereinstimmung oder jener Widerstreit auf einer Selbstbestimmung des Autors beruht.

Mitwirkung an der Realisierung der Rechtszwecke, der Anschluß an die tatsächlich geltenden Rechtsregeln, kann stattfinden oder kann ausbleiben, auch wenn sich der rechtlich Verbundene oder derjenige, der für ihn handelt, der Rechts-

regeln und der Anwendung derselben auf den gegebenen Fall nicht bewußt sind und nicht bewußt sein können. Denn in dem Bereiche der tatsächlichen Geltung beurteilen wir ausschließlich die Willensbetätigung und ihr Verhältnis zum Rechtszweck als rechtmäßiges oder unrechtmäßiges; der Begriff und das Urteil des Verdienstes und des Verschuldens liegt außerhalb desselben. Auf dem Gebiete der normativen Geltung und der durch diese begründeten Rechtspflicht hingegen wird dieselbe Willensbetätigung nur insofern als ihr ein Entschluß, sich den Rechtsregeln anzuschließen oder zu widersetzen, zu Grunde liegt, ethisch bewertet.

§ 11. Die Positivität der Rechtspflichten.

1. Da die normative Funktion der Rechtsregeln auf einer tatsächlichen Geltung und nicht auf ihrem Gedankeninhalte beruht, so können Rechtssätze, die bloß die Idee eines rechtlich-sozialen Inhaltes ausdrücken, ohne zugleich als Rechtsregeln tatsächlich zu gelten, keine Rechtspflichten begründen. Sie mögen zwar eine moralische Anforderung mit sich führen, dahin zu wirken, daß ein ihrem Inhalt entsprechendes soziales Verhalten zur Regel werde. Aber diese Anforderung ergeht nur an denjenigen (und kann nur an denjenigen ergehen), der ihr Moralprinzip aufgestellt oder sich angeeignet hat; die von ihr etwa ausgehende Pflicht ist, obwohl sie ein Verhalten rechtlicher Art betrifft, eine bloß moralische, von der durch positive Rechtsregeln begründeten Rechtspflicht innerlichst verschiedene. So sind die Lehrsätze der Sozialdemokratie oder einer sonstigen rechtspolitischen Parteirichtung zweifelsohne Rechtssätze, weil sie Ideen bestimmter Arten eines rechtlich-sozialen Verhaltens ausdrücken. Ihre Anhänger mögen von dem moralischen Werte dieser Ideen aufs Tiefste überzeugt und deshalb, in welchen Lebensstellungen immer sie sich befinden, auch wenn sie als Staatsbeamte oder Richter fungieren, moralisch verpflichtet

sein, denselben die Geltung als Rechtsregeln zu verschaffen. Trotz ihres rechtlich-sozialen Inhaltes aber sind diese Ideen und die sie zum Ausdrucke bringenden Rechtssätze an und für sich keine Rechtsregeln, demzufolge auch keine Rechtsnormen, und die von ihnen begründeten Pflichten sind, als bloß moralische, von den Rechtspflichten durchaus zu trennen. Wenn ein Richter sich, wäre es auch nur dort, wo er auf eine Lücke des gesetzlichen Rechtes stößt, durch derartige moralische Ideale und Pflichten bestimmen ließe, so würde seine Entscheidung sicherlich nicht als eine im Sinne positiven Rechtes „richtige" qualifiziert werden. Die Aufstellung von Pflichten zu einem bestimmten rechtlich-sozialen Verhalten auf Grund irgend welcher, der tatsächlichen Geltung entbehrender Rechtssätze bewegt sich somit nicht mehr auf dem Gebiete positiven Rechtes, sondern auf dem Gebiete moralischer Anforderungen an die Gestaltung des positiven Rechtes. Dies ist das Gebiet der Rechtsphilosophie. Der Rechtsphilosophie mag es gestattet sein, die Ausdrücke „Rechtsnorm" und „Rechtspflicht" auch für jene Normen und für jene Pflichten, die sie in Ansehung idealer Rechtsordnungen aufstellt, zu gebrauchen, zum Unterschiede von jenen Anforderungen und Pflichten, welche die Moralphilosophie in Ansehung des idealen Einzellebens der Menschen nachweist. Ihre idealen Normen und idealen Pflichten fordern als philosophische Rechtspolitik die Schaffung, Änderung oder Aufhebung von Rechtsregeln; die positiven Rechtsnormen und Rechtspflichten hingegen fordern die Mitwirkung an den bestehenden Rechtsordnungen, den Anschluß an deren tatsächlich geltende Rechtsregeln.

2. Zwischen den dem philosophischen oder rechtspolitischen Denken angehörenden Rechtsnormen und Rechtspflichten und den dem erfahrungsmäßigen Denken angehörenden positiven Rechtsnormen und Rechtspflichten gibt es keine auch nur teilweise Identität. Wer wirkliche oder vermeintliche Lücken

des positiven Rechtes durch ideale Rechtsnormen und Rechtspflichten theoretisch oder praktisch auszufüllen strebt, denkt nicht im Rahmen positiven Rechtes und handelt nicht als Rechtsgenosse, sondern als Rechtsphilosoph oder Rechtspolitiker; er stellt bloß Rechtssätze auf, mit dem Wunsche, die Rechtsquellen zur Schaffung neuer Rechtsregeln zu bestimmen (§ 7, Z. 1). So entwickelt z. B. die Theorie Stammlers[19]), insoweit sie ein sogenanntes „richtiges Recht" als eine besondere Art des positiven Rechtes gefunden haben will, in Wahrheit nur eine Methode, nach welcher die von ihrem Urheber aufgestellten rechtsphilosophischen Axiome in positive Rechtsregeln umgestaltet und in das tatsächliche Rechtsleben eingeführt werden könnten. Der Begriff „richtiges", beziehungsweise „unrichtiges" positives Recht verkennt den zwischen Rechtssätzen und Rechtsregeln obwaltenden Unterschied und eben dadurch das Wesen der Positivität des Rechtes. Positives Recht ist eine Tatsache, die als solche weder „richtig" noch „unrichtig" ist. Richtigkeit und Unrichtigkeit kann nur von den in den Rechtsregeln enthaltenen Rechtssätzen und nur auf Grund ihrer Vergleichung mit außerhalb der Rechtsregeln liegenden Rechtssätzen, auf Grund ihrer Bewertung nach irgend welchen idealen Maßstäben prädiziert werden; wie ja Stammler selbst seinen obersten Rechtssatz als ein „soziales Ideal" bezeichnet. Das positive Recht gilt tatsächlich und normativ, gleichviel ob es sich nun dem Stammlerschen oder einem sonstigen Ideale nähert oder von ihm entfernt oder ihm gar widerspricht. Wer es nach Maßgabe eines Ideales beurteilt, erkennt es nicht, sondern er kritisiert es; aber nicht im Sinne einer immanenten Kritik, einer Kritik, welche uns lehren würde, irrige Auffassungen vom geltenden Rechte zu bekämpfen, wahrhaft positives Recht von bloßem Scheinrechte zu unterscheiden, sondern im Sinne einer moralischen oder utilitarischen Bewertung, die das Wesen des positiven Rechtes völlig un-

berührt läßt und sich nur mit seiner Moralität oder mit seiner sozialen Nützlichkeit befaßt.

3. Eine ganz andere Frage als jene der „Richtigkeit“ oder „Unrichtigkeit“ des positiven Rechtes ist die, ob jeder Rechtsgenosse sich unter allen Umständen seinen Rechtspflichten gemäß verhalten, ob der staatliche Richter oder Verwaltungsbeamte unter allen Umständen im Sinne des positiven Rechtes entscheiden und verfügen „soll“. Diese Frage gehört nicht zur Lehre vom positiven Recht, sondern zur Ethik und zur Lehre von den Pflichtenkollisionen. Überall begleiten den Menschen neben den positivrechtlichen andere ethische Anforderungen, die wir in dem Gesamtbegriffe moralischer Gesetze zusammenfassen können. Das positive Recht löst nur jene Kollisionen, welche zwischen einzelnen Rechtsregeln untereinander erwachsen. Die Lösung von Konflikten, die zwischen positiven Rechtspflichten und moralischen Pflichten entstehen, ist dem Gewissen desjenigen, der ihnen ausgesetzt ist, überlassen. Mit der Aufstellung allgemeiner Grundsätze, welche dem Gewissen die Entschließung erleichtern, beschäftigt sich die Ethik. Wie immer sich der einem ethischen Konflikte zwischen Rechtspflicht und moralischer Pflicht Ausgesetzte entschließe: daß er das positive Recht verletzt, positives Unrecht begeht, wenn er sich nicht gemäß den positiven Rechtsregeln verhält, ist eine Tatsache, die nicht geleugnet und nicht bestritten werden kann, weil sie nicht Gegenstand einer ethischen Beurteilung, sondern eines logischen Erkenntnisurteils ist. Der Satz: „Ein den tatsächlich geltenden Rechtsregeln zuwiderlaufendes Verhalten eines Rechtsgenossen ist unrechtmäßig“ ist ein analytischer, also unanfechtbarer; womit sich jedoch der andere, synthetische Satz: „Ein positiv unrechtmäßiges Verhalten kann lobenswert sein“ gar wohl vereinigen läßt.[20])

IV. Kapitel.

Entstehung und Findung des positiven Rechtes.

§ 12. Das Wesen der Rechtsquellen.

1. Rechtsregeln in dem hier aufgestellten Sinne empirischer Gesetzlichkeiten eines tatsächlichen Verhaltens können, da alles menschliche Tun und Lassen auf Motivationen beruht, nur aus einer Ähnlichkeit der geistigen und körperlichen Anlagen der Rechtsgenossen und einer Ähnlichkeit der auf die Anlagen einwirkenden äußeren Umstände resultieren. Die tatsächlichen Entstehungsgründe oder Quellen des regelmäßigen rechtlich-sozialen Verhaltens sind somit gleichartige Motivationen, welche die Rechtsgenossen behufs Wahrung eines sozialen Interesses zu einem, soziale Machten und Machtbeschränkungen begründenden, gleichartigen Verhalten bestimmen. Sie zerfallen in zwei Gruppen:

a) Unmittelbare Aufstellung sachlicher Rechtszwecke: ungesetztes Recht;

b) Mittelbare Aufstellung sachlicher Rechtszwecke im Wege der Unterordnung unter gegebene Rechtssätze: gesetzliches Recht.

Das Wesen des positiven Rechtes ist — welches immer seine Quelle sein mag — ein und dasselbe: tatsächliche Geltung von Regeln eines soziale Machtverhältnisse begründenden Verhaltens der Genossen. Gesetztes und ungesetztes Recht können

sich daher lediglich durch ihren Ursprung voneinander unterscheiden. Beim ungesetzten Recht liegt dieser Ursprung in gleichartigen, unmittelbar auf einen Rechtszweck, d. i. auf die Gewährleistung eines sachlichen sozialen Interesses, gerichteten Antrieben. Gesetzliches Recht resultiert aus gleichartigen Antrieben zur Unterordnung unter Rechtssätze, d. i. unter sprachlich formulierte Ideen sachlicher Rechtszwecke (§ 13, Z. 2), wodurch mittelbar diese selbst gewährleistet werden.

Bevor diese Definitionen näher ausgeführt werden, müssen einige zu ihrem Verständnisse erforderliche Bemerkungen vorausgeschickt werden.

2. Gleich den Rechtsregeln betreffen auch die ihnen zu Grunde liegenden Motivationen nicht Erscheinungen des isolierten Lebens, welches jeder einzelne Mensch für sich führt, sondern das rechtsgesellschaftliche Leben, d. i. solche Bestrebungen, die auf Gewährleistung gesellschaftlicher Interessen gerichtet sind, Handlungen und Unterlassungen der Rechtsgenossen als solcher. So wie die Rechtsregeln selbst Gleichmäßigkeiten, die zwischen den auf Gesellschaftszwecke gerichteten Verhaltungsweisen aller Gesellschaftsmitglieder untereinander obwalten, nicht aber Gleichmäßigkeiten des auf Einzelzwecke gerichteten Individuallebens, zum Gegenstande haben, so sind auch die Rechtsquellen Motivationen, die aus den allen Rechtsgenossen gemeinschaftlichen sozialen Bedürfnissen hervorgehen.

Nehmen wir beispielsweise den Satz: „Wer eine Summe Geldes mit dem Versprechen der Rückerstattung entgegengenommen hat, ist zur Rückerstattung verbunden.“ So lange dieses „Verbundensein“ nur etwas den Darlehensnehmer allein Angehendes, eine individuelle Motivation oder eine moralische Obliegenheit desselben bedeutet, hat der Satz einen psychologischen oder moralischen, aber keinen positivrechtlichen In-

halt. Zu solcher Bedeutung, d. i. zu einem Rechtssatze, wird der Satz erst dann, wenn das „Verbundensein" des Darlehensnehmers ein Verhältnis des Darlehensnehmers in seiner Eigenschaft als Rechtsgenosse darstellt, d. h. auf einem nicht ihn allein angehenden, sondern allen Rechtsgenossen gemeinschaftlichen, von ihnen allen regelmäßig angestrebten Zwecke beruht; so daß er eine durch das regelmäßige rechtlich-soziale Verhalten Aller herbeigeführte Beschränkung der natürlichen Handlungsmacht des Darlehensnehmers bildet. In eben diesem sozialen Sinne muß auch der Begriff „Rechtsquelle", mag diese nun in einem Gesetze oder in Rechtsgewohnheiten oder in Rechtsgefühlen bestehen, verstanden werden. Nicht weil sie den einzelnen A oder B bei seiner isolierten Lebensführung ethisch oder psychologisch bestimmen, sondern weil und insofern als sie Motivationen zu Handlungen oder Unterlassungen aller in Betracht kommenden Rechtsgenossen oder deren Vertreter (§§ 20 bis 22) in sich schließen, weil sie aus sozialen Bedürfnissen erwachsend, ein regelmäßiges soziales Verhalten zu gemeinschaftlichem Zwecke veranlassen, sind gesetzliche Vorschriften, Gewohnheiten und Gefühle Quellen positiven Rechtes.

3. Der Verschiedenheit der Rechtsquellen und der dadurch begründeten Unterscheidung des gesetzten und des ungesetzten Rechtes entspricht eine Verschiedenheit der Erkenntnismethode.

Erkenntnistheoretisch betrachtet ist jede — sei es exakte, sei es empirische — Tatsachenregel, somit auch jede Rechtsregel, nichts anderes als Voraussage eines künftigen Geschehens. Die Gegenwart ist ein unfaßbarer Zeitpunkt. Auch das der Vergangenheit angehörende Geschehen hat das Prädikat eines regelmäßigen nur insofern, als es zu seiner Zeit auf Grund der Denkgesetze — sei es mit absoluter Gewißheit, sei es mit erfahrungsmäßiger Wahrscheinlichkeit — vorausgesagt werden konnte. Die Erkenntnis der Rechtsquellen ist daher identisch mit der Erkenntnis der Voraussetzungen, unter welchen

eine bestimmte Art rechtlich-sozialen Verhaltens nach allgemeinen Denkgesetzen voraussehbar ist. Sie wird deduktiv gewonnen, insofern sie einen Rechtssatz, der den Inhalt einer bereits als geltend supponierten Rechtsregel bildet, analysiert, d. i. die in seinen Umfang fallenden Anwendungsfälle feststellt. In dieser Art erlangt man das Wissen von dem Inhalte der Rechtsgesetze, der als positives Recht vorausgesetzt wird, somit nur analytischer Betrachtung bedarf. Das ungesetzte Recht hingegen wird auf induktivem Wege erkannt, durch Verallgemeinerung einzelner Erfahrungen von Motivationen, die zu einem rechtlich-sozialen Verhalten führen. Solche Erfahrungen, mögen sie nun aus dem eigenen Innern geschöpft sein oder von außen aufgenommen werden, rechtfertigen die Voraussage eines gleichmäßigen Verhaltens aller in ähnlichen Lebenslagen befindlichen Rechtsgenossen, d. i. die Aufstellung einer Rechtsregel auf dem Wege der Induktion.

So wie überall innerhalb der Erfahrungswissenschaften, setzt jedoch auch auf dem Gebiete der Rechtserkenntnis jede Deduktion eine vorhergehende Induktion voraus. Denn der allgemeine Satz, aus welchem die einzelnen Anwendungsarten oder besonderen Sätze abzuleiten sind, kann nur auf Grund einzelner Erfahrungen aufgestellt werden. Dieses logische Prinzip ist auch in der Erkenntnis des positiven Rechtes maßgebend. Die Geltung der Rechtsgesetze als Rechtsregeln beruht auf der Feststellung einer regelmäßigen Unterwerfung der Rechtsgenossen unter die in den gesetzlichen Vorschriften enthaltenen Rechtssätze (§ 15, Z. 4). Diese induktive Grundlage ist eine viel umfassendere, allgemeinere und demgemäß auch die Sicherheit der tatsächlichen Geltung des gesetzlichen Rechtes eine unvergleichlich größere, als jene des aus der Gleichartigkeit sachlicher Motivationen induktiv erschlossenen ungesetzten Rechtes (§ 17, Z. 1).[21])

§ 13. Rechtsgesetze.

1. Rechtsgesetze sind solche Rechtssätze, welche eine motivierende Wirkung auf die Rechtsgenossen ausüben oder, was dasselbe sagt, von einer Regel der Unterordnung der Rechtsgenossen unter ihren Inhalt begleitet sind. Solche Unterordnung beruht:

a) entweder — und dies ist der wichtigste Fall — auf einer Rechtsregel des Gehorsams der Rechtsgenossen gegenüber den von staatlichen Organen abgefaßten und kundgemachten Gesetzesbefehlen: Staatsgesetze;

b) oder auf der Wertschätzung, welche die Rechtsgenossen anderweitig gegebenen Rechtssätzen entgegenbringen: rezipierte Gesetze.

2. Der Begriff des Rechtsgesetzes schließt nicht notwendig das Merkmal eines an die Rechtsgenossen gerichteten staatlichen Befehles ein. Rechtssätze können auch ohne staatliche Anordnung von einer regelmäßigen Unterordnung begleitet und hiedurch zu Rechtsgesetzen erhoben werden.

Die meisten Völker sind ursprünglich nicht durch staatliche Befehle, sondern durch Religionsvorschriften rechtlich-sozialen Inhaltes, d. i. durch Rechtssätze, deren Autorschaft einer Gottheit zugeschrieben wird, zu gesetzlichem Rechte gelangt. Das bekannteste Beispiel dieser Kategorie sind die in der Bibel enthaltenen Rechtssätze. Dieselben wurden nicht infolge einer vorausgehenden Rechtsregel, sondern infolge einer Religionssitte von den Religionsgenossen beobachtet, somit zur Rechtsquelle erhoben. Ein ähnlicher Vorgang findet bei einer Rechtsrezeption im engeren Sinne des Wortes statt, d. i. bei der regelmäßigen Befolgung von Rechtssätzen, die den Inhalt fremdländischer Rechtsregeln gebildet haben oder bilden.

Das so entstandene Recht ist trotz des Mangels eines einheimischen staatlichen Gesetzbefehles nicht Gewohnheits-

recht, sondern Gesetzesrecht. Denn es gilt nicht, wie das Gewohnheitsrecht, infolge einer unmittelbaren Motivation durch sachliche soziale Interessen, sondern infolge der Autorität, die den Rechtssätzen an und für sich, ohne Kritik ihres Inhaltes, beigelegt wird. Sein Unterschied von dem staatsgesetzlichen Rechte liegt nur darin, daß bei letzterem die Unterordnung einem staatlichen Befehle gezollt wird, während bei dem durch Rezeption entstandenen gesetzlichen Rechte die Unterordnung auf einer den Rechtssätzen beigelegten anderweitigen Autorität beruht. Beide Kategorien sind als gesetzliches Recht dadurch charakterisiert, daß ihre Quelle in gegebenen abstrakten Sätzen rechtlich-sozialen Inhaltes besteht, und daß die Methode ihrer Erkenntnis eine deduktive ist. Die Römer haben deshalb das gesetzliche Recht richtiger und plastischer „jus scriptum“, formuliertes Recht, genannt, und damit zum Ausdrucke gebracht, daß sein Unterschied vom Gewohnheitsrecht nur in der Unterordnung unter formulierte abstrakte Sätze liegt. Nicht, daß staatliche Organe sie verfassen und anordnen, sondern daß sie eine abstrakte Konzeption von Rechtssätzen, denen sich die Rechtsgenossen regelmäßig unterwerfen, darstellen, bildet das charakteristische Moment der Rechtsgesetze.

Auch die Staatsgesetze sind an und für sich nur Rechtssätze, literarische Produkte rechtlichen Inhaltes, und gelangen erst vermöge der regelmäßigen Unterordnung der Rechtsgenossen zur Würde einer Rechtsquelle. Allein diese Unterordnung hat — im Gegensatze zu den rezipierten Gesetzen — ihren Grund in einer vorausgehenden Rechtsregel des Gehorsams gegenüber den staatlichen Gesetzgebungsorganen und bildet bei jedem einzelnen Gesetze nur einen besonderen Anwendungsfall dieser allgemeinen Rechtsregel. Den Staatsgesetzen geht schon vor ihrer Erlassung eine Rechtsregel des Gehorsams voraus, vermöge deren von vornherein

die empirische Gewißheit vorhanden ist, daß die in ihnen enthaltenen Rechtssätze den Inhalt tatsächlich geltender Rechtsregeln bilden werden. Aber auch hier ist es höchst notwendig, sich gegenwärtig zu halten, daß empirische Gewißheit nur Wahrscheinlichkeit, nicht Notwendigkeit schlechthin, bedeutet, also Ausnahmen zuläßt. Wo immer eine solche Ausnahme Platz greift, wo immer die Geltung der Gehorsamsregel als Regel defiziert, hat der anbefohlene Rechtssatz die Bedeutung einer Rechtsquelle, d. i. eines Rechtsgesetzes, und demgemäß sein Inhalt die Bedeutung einer tatsächlich geltenden Rechtsregel verloren.

3. Um dies deutlicher einzusehen, bedarf es einerseits einer Erklärung des Begriffes „Befehl" überhaupt, andererseits einer Gegenüberstellung und Abgrenzung zwischen den Begriffen „Gesetzesbefehl" (Befehl eines rechtlich-sozialen Verhaltens) und „individueller Befehl" (Befehl eines isolierten Verhaltens).

Eine in die grammatikalische Sprachform des Imperativs gekleidete Ansprache ist nur dann im realen Sinne ein Befehl, wenn auf Seite des Angesprochenen die Disposition oder Regel des Gehorsams vorhanden ist. Würden in die Sprachform des Befehles gekleidete Worte an Wesen, die sie nicht zu beachten vermögen, oder die sie zwar zu beachten vermögen, aber regelmäßig nicht beachten, gerichtet sein, so wären sie in die Luft gesprochene leere Worte. Nur dadurch, daß der Sprechende nach Regeln der Erfahrung Gehorsam erwarten darf, wird seine Rede zum Befehl; wobei es ohne Belang bleibt, in welchen Eigenschaften oder psychischen Vorgängen die Neigung zum Gehorsam ihren letzten Grund haben mag, ob sie auf Furcht oder auf Liebe, auf Achtung oder auf Aberglauben, auf Willensstärke oder auf Willensschwäche zurückzuführen ist. Ebenso belanglos ist es ferner für das Wesen des Befehles, ob die ihm korrespondierende Gehorsamsregel im einzelnen Falle betätigt wird

oder nicht. Denn nicht darauf kommt es an, ob der Angesprochene im gegebenen Falle gehorcht oder ob nicht vielmehr Gegenmotive auftreten, welche seine Gehorsamsdisposition paralysieren; sondern nur darin liegt das die imperativische Sprachform und Tendenz zum realen Befehle erhebende Moment, daß zur Zeit ihrer Aussprache eine Erfahrungsregel des Inhaltes bestand, der Angesprochene werde sich in der ihm vorgeschriebenen Weise verhalten.

Dieses Begriffsmerkmal kommt jedem Befehle, dem individuellen Befehl ebenso wie dem sozialen oder Gesetzesbefehle zu. Auch eine in die Form eines Gesetzesbefehles gekleidete Ansprache, der seitens der Rechtsgenossen in der Regel kein Gehorsam gezollt würde, hätte nur die Maske, nicht aber das Wesen einer Rechtsquelle. Allein die Art der Gehorsamsregel, welche die Worte zum Befehl erhebt, ist beim Individualbefehle eine ganz andere als beim Rechtsbefehle. Der Individualbefehl richtet sich an den einzelnen Menschen als isoliertes Wesen, die ihm entsprechende Gehorsamsregel ist daher eine solche des isolierten Lebens jedes einzelnen Angesprochenen. Der Individualbefehl setzt lediglich eine dem Angesprochenen als Individuum eigentümliche psychische Anlage, welche ein gehorsames Verhalten desselben erwarten läßt, voraus, und hat mit Gesellschaft und Recht nichts zu tun. Und dieser Charakter des Befehles als Individualbefehl und des Gehorsams als Individualgehorsam bleibt derselbe, auch wenn der Befehl sich zufällig an viele Individuen richtet, sofern wir bei jedem einzelnen der Angesprochenen ein isoliertes Verhalten, nicht aber ein soziales, d. h. auf gemeinschaftliche Zwecke gerichtetes Verhalten ins Auge fassen.

Der Gesetzesbefehl hingegen richtet sich nicht an ein isoliertes Verhalten der einzelnen Angesprochenen, sondern an deren Verhalten als Rechtsgenossen, somit notwendigerweise (nicht etwa bloß zufällig) an alle Rechtsgenossen, er fordert

ein Hinwirken aller zu einem gemeinschaftlichen rechtlichen sozialen Zwecke. Das Hinwirken mag vielleicht bei den verschiedenen Rechtsgenossen, je nach ihrer Lebenslage, ein verschieden geartetes sein, es kann direkt oder indirekt zur Erreichung des Rechtszweckes beitragen, aber es betrifft ein und dasselbe gemeinschaftliche Ziel, welches in dem Gesetzesbefehl für alle gültig aufgestellt wird. Die Sätze der Zehn Gebote: „Du sollst nicht morden", „Du sollst den Sabbath heiligen" usw. können in zweifachem Sinne gedacht werden. Entweder im ethisch-religiösen Sinne, gerichtet an jeden einzelnen Israeliten als Menschen in seinem isolierten Leben, zu einem nur dieses betreffenden Zwecke, wobei die Erfüllung nur vor dem Einzelnen für seine Person abhängt und nur eine Regel seines individuellen Lebens voraussetzt. So aufgefaßt hat der Satz den Sinn eines Befehles, auch wenn die Gehorsamsregel nur bei einem einzigen der zahllosen Individuen, an die er gerichtet ist, vorhanden wäre. Oder aber: Die Befehle sind nicht an jeden Einzelnen für sich, sondern an das Volk Israel, d. h. an alle Genossen desselben als solche in ihrem auf gemeinschaftliche Zwecke gerichteten gesellschaftlichen Leben adressiert. Sie bedeuten dann: In eurer Mitte, Männer Israels, soll kein Mord stattfinden, in eurer Mitte sei der Sabbath geheiligt; jeder Israelit soll darauf hinwirken, daß diese Zwecke, als soziale Zwecke, nicht bloß von ihm, sondern von allen verwirklicht werden. In diesem Sinne aufgefaßt, und nur in diesem Sinne, sind die Befehle Rechtsbefehle. Die ihnen entsprechende Gehorsamsregel ist sodann nicht eine solche des isolierten Lebens jedes einzelnen, sondern die soziale Regel eines Verhaltens, das auf rechtlich-soziale Zwecke, somit auf Zwecke, die nicht anders als durch ein Zusammenwirken aller Gesellschaftsmitglieder realisiert werden können, gerichtet ist.

4. Der gesetzgeberische Befehl lautet also: „jus esto", so sei es künftighin Rechtens. Er ist ein einmaliger Akt: die einen Rechtssatz enthaltende Willenserklärung der (nach anderweitigen Rechtsregeln dazu berufenen) staatlichen Organe, dahin, daß ein jenem Rechtssatz entsprechendes Zusammenwirken der Rechtsgenossen stattfinde. Kraft der dem Befehle entsprechenden Gehorsamsregel wird der so befohlene Rechtssatz zum tatsächlich geltenden Gesetz, zur Rechtsregel. Der Befehl ist zugleich mit seiner Verkündigung vollendet und gehört der geschichtlichen Vergangenheit an. Die durch ihn veranlaßte und durch den regelmäßigen Gehorsam begründete Rechtsregel aber dauert fort; sie hat ihre eigene selbständige Geltung als Tatsache und als Norm und ihre selbständigen Schicksale.[22])

Nichts ist daher irriger als eine Verwechslung des Gesetzesbefehles, durch welchen in Verbindung mit der Gehorsamsregel Rechtssätze zur tatsächlichen Geltung als Rechtsregeln gelangen, mit der normativen Funktion der so entstandenen tatsächlichen Rechtsregeln. Daß der Gesetzesbefehl in Verbindung mit der Gehorsamsregel positives Recht hervorbringt, ist nicht eine Norm, sondern eine Tatsache. Das normative Moment erwächst erst aus der tatsächlichen Geltung der dem Befehle konformen Rechtsregel. Daß im gewöhnlichen Sprachgebrauche den Gesetzesbefehlen der staatlichen Organe schlechthin die Eigenschaft von Normen beigelegt wird, hat seinen Grund nur in der stillschweigend supponierten Rechtsregel des Gehorsams, welche ihrerseits sekundär als verpflichtende Norm fungiert (§ 15, Z. 4). Wenn und sobald aber die Gehorsamsregel gegenüber einem bestimmten Gesetzesbefehle tatsächlich nicht gilt, verliert nach dem Obgesagten der Gesetzeswortlaut den Charakter eines Rechtsgesetzes, sowohl in

Ansehung der tatsächlichen, als in Ansehung der normativen Geltung.

Ein Gesetzesinhalt, welcher, sei es zur Gänze, sei es in einzelnen Richtungen, von den Rechtsgenossen der Regel nach nicht eingehalten wird, legt, insoweit als seine Rechtssätze aufgehört haben, Rechtsregeln zu sein, dem Einzelnen auch keine Rechtspflicht auf. Wenn beispielsweise einzelne gesetzlich normierte Strafsätze infolge ihrer übermäßigen Härte obsolet sind und der Regel nach von den Gerichten nicht angewendet werden, so würde der einzelne Richter, der sie in einem einzelnen Falle gleichwohl ihrem klaren Wortlaute gemäß verhängen würde, durchaus nicht rechtmäßig, sondern vielmehr unrechtmäßig handeln. Die Grenzlinie, jenseits welcher eine neue Auslegung oder eine völlige Nichtanwendung des Gesetzes den Charakter einer Regelmäßigkeit des einschlägigen rechtlich-sozialen Verhaltens erlangt, ist freilich oft schwer festzustellen. Allein solche Schwierigkeiten von Begrenzungen finden sich in zahlreichen, mitunter noch weit folgenreicheren Lebensbeziehungen vor, und wir müssen uns mit der Schwäche des menschlichen Geistes in diesem Punkte, wie in so vielen anderen, abfinden. Keinesfalls aber sind sie beseitigt, wenn man den Kopf in den Sand der Fiktion steckt, daß ein und derselbe imaginäre „Gesetzgeber" mit denselben Worten heute einen anderen Sinn verbinde, als ursprünglich bei Erlassung des Gesetzes oder daß er damit einverstanden sei, daß die von ihm promulgierten Vorschriften nicht beobachtet werden. Diejenigen, die eine solche Fiktion aufstellen, sind darauf angewiesen, die neuen Rechtsregeln aus den Gewohnheiten des Rechtslebens oder aus dem Rechtsgefühle zu erschließen und die Dazwischenschiebung eines imaginären, die Gesetzesderogierung sanktionierenden persönlichen Geistes ist nur eine logische Krücke für ein krummes Denken. In Wahrheit fungiert das jeweilige Staatsoberhaupt als Gesetzgeber. Seine ein für allemal gefaßten

Entschlüsse können von dem Inhalte seiner Vorschriften nur insofern losgelöst werden, als dieser Inhalt zu dem einer Rechtsregel geworden ist, welche sodann, wie alles Tatsächliche, ein selbständiges Dasein führt und eine selbständige Entwicklung nimmt.

5. Die Tatsache, daß gesetzliche Vorschriften nur in Verbindung mit einer Gehorsamsregel eine Rechtsquelle sind, bietet die Erklärung für die Wandlungen, welchen das gesetzliche Recht bei unverändertem Wortlaute seiner Rechtssätze vielfach unterliegt. Solche Wandlungen dürfen nicht, wie es zuweilen geschieht, als anormale Erscheinungen des Rechtslebens hingestellt, sondern müssen als naturgemäße Entwicklungen begriffen werden (§ 17, Z. 3). Sie sind notwendige Folgen der Unzulänglichkeit, welche jeder menschlichen Gesetzgebung anhaftet. Daß die gesetzgebenden Faktoren ihnen überall durch rechtzeitige Änderung der Gesetze zuvorkommen, scheitert zumeist schon an politisch-technischen Schwierigkeiten und an der Unmöglichkeit, die Mängel der Gesetze rechtzeitig mit genügender Schärfe zu erkennen. Auch würden durch allzu häufige Gesetzesänderungen Übelstände hervorgerufen werden, welche schädlicher wären als die Unsicherheit, die während der Wandlungen in der Auffassung des Gesetzes obwalten. Wie immer man indes hierüber denken möge, die historische Erfahrung, daß die Interpretationen der Gesetze im Rechtsleben allmähligen Änderungen unterliegen, läßt sich nicht in Abrede stellen und der infolgedessen anscheinend im positiven Rechte gelegene Widerspruch, die Wandlung des Rechtszustandes bei unverändertem Gesetzeswortlaute, verlangt eine wissenschaftliche Aufklärung.

Wären auch die gesetzgebenden Persönlichkeiten immer und überall mit so universellen und prophetischen Fähigkeiten ausgestattet, daß sie alle sozialen Bedürfnisse ihres Volkes, und zwar nicht bloß diejenigen der augenblicklichen Gegen-

wart, sondern auch diejenigen der Zukunft lückenlos erfassen, daß sie ferner die Machtverhältnisse, welche diese Bedürfnisse zu befriedigen geeignet sind, erkennen würden, und den guten Willen hätten, denselben durchaus gerecht zu werden; und wären überdies die jenen staatlichen Organen zu Gebote stehenden Mittel der logischen Begriffsbildung und des sprachlichen Ausdruckes so vollkommen, daß sie ihre Willensmeinungen in durchaus klarer und alle Eventualitäten erschöpfender Weise zu äußern vermöchten: so wären ihre Vorschriften an sich noch immer nicht positives Recht. Auch der ethisch und utilitarisch vollkommenste und in deutlichster Weise formulierte Inhalt gesetzgeberischer Enunziationen wird nicht durch diese allein, sondern erst in Verbindung mit dem ihnen von den Volksgenossen entgegengebrachten Gehorsam zur Rechtsregel erhoben. Und da der regelmäßige Gehorsam nur so weit reichen kann als das regelmäßige Verständnis, so wird auch dem besten Gesetze positives Recht nur im Rahmen dieses Verständnisses entspringen. In Wirklichkeit sind aber die gesetzgebenden Persönlichkeiten mit jenen übermenschlichen Fähigkeiten keineswegs ausgestattet. Im Vergleiche zu der unendlichen Mannigfaltigkeit und unübersehbaren Entwicklungsmöglichkeit des Lebens ist ihr Gesichtskreis ein äußerst beschränkter, sie schöpfen ihre Begriffe und ihre Urteile in den meisten Fällen aus höchst unvollständigen, den Gegenstand nicht erschöpfenden subjektiven Erfahrungen. Sie sind endlich bei deren Formulierung auf das unvollkommene Instrument sprachlicher Formen angewiesen, deren Bestandteile (Worte und Wortbeziehungen) durchwegs Abstraktionen, und schon deshalb den verschiedensten Auffassungen ausgesetzt sind. Ihre Enunziationen können somit niemals zureichen, um die unzählbaren Kombinationen des gesellschaftlichen Lebens zu erschöpfen und für jede derselben eine Anweisung zu liefern, welche nicht bloß den augenblicklichen, sondern zugleich auch

den in Zukunft sich ergebenden gesellschaftlichen Bedürfnissen durchaus angemessen wäre.

Aber das reale gesellschaftliche Leben läßt es sich nicht gefallen, in ein solches Prokrustesbett gesperrt zu werden, und findet zwei Auswege:

Sind die Gesetzesformeln allgemein genug abgefaßt, um in einem anderen Sinne als dem seitherigen ausgelegt zu werden, dann werden sie als neue Rechtssätze respektiert und vermitteln im Sinne dieser Auslegung kraft der ihnen entgegengebrachten Gehorsamsregel neues Gesetzesrecht. Wenn die Gesetzesformeln aber eine Auslegung, welche die sozialen Lebensbedürfnisse befriedigen würde, schlechthin ausschließen, dann wird der in ihnen enthaltene Rechtssatz, wenn auch nicht in plötzlicher Ereignung, so doch in allmählicher Abbröckelung, des Gehorsams der Rechtsgenossen und damit seines Charakters als Rechtsgesetz oder Rechtsquelle verlustig. Es mag sein, daß zugleich eine neue Rechtsregel, sei es durch ein seinem Inhalte nach mit jenem in Verfall geratenen Rechtssatze konkurrierendes und kollidierendes Rechtsgesetz, sei es durch die Rechtsquellen der Rechtsgewohnheit oder des Rechtsgefühles entstehen. Ob dies aber geschehe oder nicht, jedenfalls hat der im Gesetze enthaltene Rechtssatz, trotzdem er ursprünglich anbefohlen war, und trotzdem dieser Befehl niemals widerrufen wurde, aufgehört, eine Quelle des geltenden positiven Rechtes zu sein.

In beiden vorstehend angeführten Fällen tritt die Unrichtigkeit der Identifikation des positiven Rechtes mit dem Inhalte des gesetzgeberischen Befehles klar zu Tage. In Wahrheit sind die sich auf diesem Wege ergebenden Rechtsregeln trotz des unveränderten Gesetzeswortlautes neu, und zwar je nachdem, ob sie mit dem Wortlaute des Gesetzes vereinbar sind oder nicht, gesetzliches oder ungesetztes Recht.[23])

6. Der soeben aufgestellte Gegensatz begründet den Unterschied zwischen Auslegung der Gesetze und Ausfüllung von

Lücken des Gesetzes durch Rechtsgewohnheit oder Rechtsgefühl. Solange gesetzliches Recht mit gesetzlicher Vorschrift identifiziert wird, können, konsequent gedacht, als gesetzliches Recht nur jene Rechtssätze anerkannt werden, die dem von den Gesetzesautoren der gesetzlichen Vorschrift beigelegten Gedankeninhalt entsprechen. Jeder andere Sinn, unter was immer für Titel oder Vorwand er einer gesetzlichen Vorschrift beigelegt werden möchte, ist kein gesetzlich vorgeschriebener, sondern Inhalt des Denkens und Wollens derjenigen, die ihn als einen neuen Rechtssatz in die dehnbaren Gesetzesworte hineintragen. Wird sodann der neue Sinn und Rechtssatz angewendet und von den staatlichen Gerichten zugelassen, so bietet die Theorie, welche positives Recht und Befehl des Gesetzgebers identifizieren will, keine Möglichkeit, diesen Vorgang als einen rechtmäßigen zu erkennen. Wenn in solchen Fällen gesagt wird: „Das Gesetz ist klüger als der Gesetzgeber gewesen ist“, oder: „Nicht der Gesetzgeber, sondern das Gesetz will und befiehlt den neuen Rechtssatz“, so gehören diese Redensarten zu den hergebrachten Metaphern der Rechtssprache. Der Gesetzestext bleibt ein für allemal ein literarisches Produkt, das weder wollen noch befehlen, am allerwenigsten heute dieses und morgen etwas anderes anordnen kann.

Alle jene Maximen für die Gesetzesauslegung, welche im wesentlichen darauf hinauslaufen, die Gesetze seien so zu interpretieren, daß sie den größten Wert für die Befriedigung der sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Bedürfnisse haben, verlassen den Boden der Normentheorie, weil die so gewonnenen Rechtssätze in Wahrheit keinen Inhalt eines gesetzgeberischen Befehles bilden.[24]) Denn das Bewertungsprinzip, das Gefühl von den sozialen Kulturbedürfnissen wird bei dem heutigen Ausleger sehr häufig ein ganz anderes sein, als dasjenige der einer viel früheren Zeit angehörenden und von ganz anderen Lebensanschauungen erfüllten Gesetzesautoren.

Schlechte Gesetze vererben sich als ewige Plage von Geschlecht zu Geschlecht nur dann fort, wenn sie keiner Auslegung bedürfen und nur deshalb, weil das soziale Gut der auf dem Gehorsam gegen das eindeutige klare Gesetz beruhenden Rechtsordnung vom positiven Rechtsgefühle höher bewertet wird, als das soziale Interesse, welchem etwa durch ein ungehorsames Verhalten, also nur im Wege eines Bruches der Rechtsordnung, gedient werden könnte. Wo hingegen die Worte des Gesetzes verschiedenartige Auslegungen zulassen, wird früher oder später jene Auffassung allgemein durchgreifen, welche den zur Zeit der Anwendung obwaltenden sozialen Interessen am besten gerecht wird. Die sozialen Interessen, welche zur Zeit der Erlassung des Gesetzes bestanden, bleiben außer Betracht. Bei aus entfernterer Vergangenheit herrührenden Gesetzen ist der sie heute Anwendende zumeist gar nicht im stande, die einstigen, vielleicht von den gegenwärtigen sehr differierenden, sozialen Interessen zu erforschen. Hiezu wären historische Kenntnisse erforderlich, die den mit der Rechtsanwendung befaßten Personen nur sehr selten eigen sind. Und auch hievon abgesehen widerstreitet die Annahme, daß die mit der Rechtsanwendung befaßten Personen (wozu ja nicht bloß die Rechtsgelehrten, sondern auch die Rechtsgenossen im Verkehre untereinander gehören) sich bei der Gesetzesauslegung von den sozialen Bedürfnissen einer längst vergangenen Zeit bestimmen lassen, aller Erfahrung. Es ist nun bei mehrdeutigen gesetzlichen Vorschriften nur die oben bereits bemerkte Alternative gegeben, daß deren Wortlaut sich mit den zur Zeit obwaltenden aktuellen Bedürfnissen des sozialen Lebens in Einklang bringen lasse oder nicht. Im ersten Falle wird ihr Wortlaut regelmäßig in dem von dem Gefühle jener Bedürfnisse postulierten Sinne ausgelegt und fungiert in diesem Sinne auch weiterhin als Rechtsgesetz. Im zweiten Falle entwickelt sich zufolge des geänderten sozialen

Bedürfnisses (wenn ihm nicht durch Abänderung des den Lebensbedürfnissen widerstreitenden Gesetzes auf gesetzgeberischen Wegen Rechnung getragen wird) nach Maßgabe seiner Intensität früher oder später eine das Gesetz derogierende und unmittelbar neues ungesetztes Recht begründende Rechtsquelle.

§ 14. Ungesetzte Rechtsquellen.

1. Während beim gesetzlichen Rechte die Rechtsquelle in dem Rechtsgesetze, d. h. in einem Rechtssatze und in der regelmäßigen Unterordnung der Rechtsgenossen unter denselben liegt, bestehen die ungesetzten Rechtsquellen in gleichmäßigen unmittelbaren Motivationen der Rechtsgenossen zu einem durch sachliche soziale Interessen bestimmten Verhalten. Die Bildung von Rechtsregeln erfolgt hiebei auf zweifache Weise:

a) Es wird eine Reihe bisher stattgehabter gleichmäßiger Handlungsweisen rechtlich-sozialen Inhaltes konstatiert und daraus im Wege der Analogie gefolgert, daß sich alle in ähnlichen Lebenslagen befindlichen Rechtsgenossen voraussichtlich in ähnlicher Weise verhalten werden: Rechtsgewohnheit;

b) es wird im eigenen Bewußtsein eine rechtlich-soziale Zweckvorstellung konstatiert und daraus im Wege der Analogie gefolgert, daß eine gleichartige Zweckvorstellung bei allen Rechtsgenossen der Regel nach obwalte und deren soziales Verhalten bestimmen werde: Positives Rechtsgefühl.

2. Diese beiden Quellen ungesetzten Rechtes bestehen aber nicht unabhängig voneinander, so, als ob ein Gewohnheitsrecht ohne Mitwirkung des Rechtsgefühles entstehen oder aus dem Rechtsgefühle ohne die Vorstellung eines gewohnheitsmäßigen Verhaltens eine Rechtsregel entspringen könnte. Beide Quellen sind Motivationen eines rechtlich-sozialen Verhaltens, mittels dessen rechtlich-soziale Zwecke verfolgt werden. Nur daß die Rechtsgewohnheit vom äußeren Verhalten auf

die regelmäßig motivierende Zweckvorstellung, das positive Rechtsgefühl hingegen von der Zweckvorstellung auf ein regelmäßiges äußeres Verhalten schließen läßt. Dies soll aus der nachfolgenden Darstellung beider Rechtsquellen erhellen.

§ 15. *α)* Rechtsgewohnheit.

1. Die bloße Beobachtung gleichförmiger Erscheinungen gestattet nach den Regeln der angewandten Logik noch keineswegs die Annahme eines empirischen Gesetzes oder einer Regel. Die Gleichförmigkeit an und für sich mag auch eine zufällige sein. Als eine regelmäßige darf sie nur dann angesehen werden, wenn zugleich die Gleichartigkeit der Erscheinungsursachen festgestellt ist. Dieses Denkgesetz gilt auch für soziale Erscheinungen. Wird ein bestimmtes Verhalten der Menschen in einer großen Anzahl von Fällen wahrgenommen, so liegt zunächst nur eine Reihe von ähnlichen, aber untereinander in keinem Zusammenhange stehenden Handlungen und Unterlassungen vor. Erst dadurch, daß wir die gleichartigen Vorgänge auf gleichartige Motivationen zurückführen, erhalten wir den Begriff der Regelmäßigkeit oder ein empirisches Gesetz jener Verhaltungsart. So darf ein Reisender eine von ihm konstatierte Übereinstimmung von Handlungsweisen der Einwohner des von ihm besuchten Landes als eine Volkssitte nur dann bezeichnen, wenn seine Erfahrungen nicht bloß die äußeren Vorgänge betreffen, sondern zugleich eine Übereinstimmung der Triebfedern des gleichmäßigen Verhaltens feststellen.

Rechtssitte ist nun nichts anderes als eine Art der sozialen Sitte. Sie bezeichnet eine empirische Regelmäßigkeit von Handlungen und Unterlassungen der Rechtsgenossen, durch welche soziale Machtverhältnisse begründet werden. Für die Annahme einer solchen Regelmäßigkeit wird allerdings in erster Reihe

die Handlungsweise jener Personen, die mittels derselben ein Opfer an ihrer individuellen Wohlfahrt bringen, maßgebend sein. Denn in solcher Selbstbeschränkung liegt ein starkes Anzeichen dafür, daß die Zwecke und Motive jener Handlungsweise nicht dem Interessenkreise des isolierten Einzellebens, sondern dem Interessenkreise des gesellschaftlichen Zusammenlebens angehören. Ausschlaggebend aber ist dieses Anzeichen nicht, weil auch im isolierten Leben Motivationen (insbesondere solche ethischer Natur, aber auch des Stolzes, der Eitelkeit, der Lebensverachtung u. a. m.) vorkommen, die ihr Subjekt veranlassen, ein Übel freiwillig auf sich zu nehmen. Deshalb darf auf den Bestand einer Rechtssitte und einer Rechtsregel nicht ohneweiters schon auf Grund von Handlungen und Unterlassungen derjenigen Personen, deren Lebensverhältnisse dadurch in erster Linie betroffen werden, d. h. deren rechtliche Macht oder rechtliche Machtbeschränkung in Frage steht, geschlossen werden, sondern es sind hiezu auch die Verhaltungsweisen der anderen Rechtsgenossen, beziehungsweise die Verhaltungsweisen derjenigen Organe, welche die rechtlichen Interessen der Rechtsgenossen vertreten (§ 22, Z. 2), heranzuziehen. Würde angenommen werden, daß die Rechtsgenossen, beziehungsweise die Vertreter ihrer Interessen, sich an einer, wenn auch häufig beobachteten Handlungsweise einzelner Personen weder unterstützend noch hemmend beteiligen, so könnte jener Handlungsweise kein rechtlich-sozialer Inhalt beigelegt werden; ihre Wiederholung könnte vielleicht zur Aufstellung einer Regel des individuellen Lebens oder auch zu einer Regel des außerrechtlichen sozialen Lebens, nicht aber zu einer Rechtsregel führen. Ein Beispiel möge dies erläutern.

Die Bezahlung rechtsungültiger Spielschulden oder die Erfüllung mündlicher Schenkungsversprechungen oder die Einhaltung von den geselligen Verkehr ohne wirtschaftlichen Cha-

rakter betreffenden Vereinbarungen, entspricht sicherlich so verbreiteten Gewohnheiten, daß man sie, wenigstens in bestimmten Bevölkerungskreisen, als regelmäßige bezeichnen muß. Auch wird man in einem außerhalb des positiven Rechtes liegenden Sinne keinen Anstand nehmen, allen solchen Promittenten eine „Verpflichtung“ zur Leistung des Zugesagten beizumessen. Gleichwohl führen die Zahlungen oder die Zuhaltung der anderen vorstehend angeführten Verpflichtungen, auch wenn sie noch so oft vorkommen, nicht zu einer Rechtssitte, demnach auch zu keiner gewohnheitsrechtlichen Regel. Der Grund liegt darin, daß der natürlichen Macht des Promittenten keine *soziale Schranke* auferlegt und dem Promissar kein *sozialer Beistand* verliehen wird, daß also die in Rede stehenden Handlungen oder Unterlassungen keinen Gegenstand eines *rechtlich-sozialen Verhaltens der Rechtsgenossen* bilden.

2. In diesem Sinne ist unseres Erachtens das Erfordernis der „*opinio necessitatis*“, das Gefühl einer Notwendigkeit, ohne welche gewohnheitsmäßige Handlungen kein Substrat eines Gewohnheitsrechtes bilden, zu verstehen. Die herrschenden Lehren fassen dieses Erfordernis dahin auf, daß die handelnden Personen sich zu den Handlungen verpflichtet halten müssen, wobei darüber diskutiert wird, ob auf Seite der Handelnden die Supposition einer moralischen Verpflichtung oder die irrtümliche Supposition einer bereits bestehenden rechtlichen Verpflichtung erforderlich sei. Allein bloß *subjektive Meinungen* oder gar *Irrtümer* einzelner Personen haben keine soziale Bedeutung und sind keine konstitutiven Momente für die Entstehung einer Rechtsregel. Der wahre Begriff jener Notwendigkeit kann vielmehr nur darin liegen, *daß die Handlungen nicht als solche des isolierten, sondern als solche des sozialen Lebens vorgenommen werden*, d. h., *daß sie aus dem Gefühle hervorgehen, mit ihnen*

nicht bloß einen Sonderzweck des Handelnden, sondern einen von allen Rechtsgenossen verfolgten sozialen Zweck zu verfolgen. Ist dies der Fall, dann betätigt sich der Handelnde — sowohl in dem Falle, wenn seine Handlung für ihn einen Gütergenuß, als in dem Falle, wenn sie für ihn eine Leistung an einen anderen bedeutet — nicht als isoliertes Individuum, sondern als Rechtsgenosse, in dem Bewußtsein, daß der Effekt seiner Handlung übereinstimmt mit einem Zwecke, den die Rechtsgenossen, beziehungsweise die sie vertretenden Organe im gegebenen Falle anstreben. Jede Rechtsgewohnheit setzt daher ein die Rechtsgenossen der Regel nach erfüllendes, d. h. positives Rechtsgefühl, als zu ihrer Entstehung erforderlichen Faktor, voraus. Da positives Rechtsgefühl, wie weiterhin (§ 16) auszuführen ist, für sich selbst schon eine Quelle positiven Rechtes bildet, so ist Rechtsgewohnheit ihrem Inhalte nach die Bekräftigung oder Authentifikation eines positiven Rechtsgefühles, aus welcher auf dessen Bestand rückgeschlossen wird. Als selbständige Rechtsquelle fungiert Rechtsgewohnheit nur dadurch, daß und nur dann, wenn ihr Bestand auf eine Gleichmäßigkeit des Gefühles für die sozialen Interessen und damit zugleich auf eine Gleichmäßigkeit des entsprechenden künftigen Verhaltens der Rechtsgenossen schließen läßt. Würde dieser Rückschluß nicht zulässig erscheinen, d. h. würde gegenüber einer gewohnheitsmäßig in irgend einem Bevölkerungskreise beobachteten Verhaltungsweise die Überzeugung begründet erscheinen, daß die Verhaltungsweise nicht demjenigen entspricht, was von den Rechtsgenossen der Regel nach als soziales Interesse empfunden wird, so würde ihr dasjenige Moment fehlen, welches in der römischen Rechtslehre als opinio necessitatis bezeichnet wurde und nach unserer Auffassung als positives Rechtsgefühl zu bezeichnen ist. Sie wäre eine moralisch vielleicht lobenswerte, aber keine positivrechtliche Sitte, eine dem betreffenden

Volkskreise angehörende, jedoch in Beziehung auf die ganze Rechtsgesellschaft doch nur isolierte und bloß konventionelle Regel (§ 8).[25])

3. Da die sozialen Machtbeschränkungen (im aktiven Sinne des Wortes) im modernen Rechte, wie an späterer Stelle (§ 22) ausgeführt wird, von den Rechtsgenossen nicht unmittelbar, sondern mittels der ihre Interessen vertretenden staatlichen Organe betätigt werden, so können heutzutage Gewohnheitsrechte kaum anders als unter Beteiligung der staatlichen Organe an den zum Gewohnheitsrechte führenden Handlungsweisen entstehen. Solange keine richterlichen Entscheidungen oder behördlichen Verfügungen vorliegen, welche die in Frage kommende Handlungsweise als eine soziale Zwecke verfolgende kennzeichnen, ist kein ausreichender Anlaß zu der Annahme gegeben, daß sie im Sinne der Begründung sozialer Machten oder Machtbeschränkungen, also im Sinne einer Rechtsregel, stattfindet. Die Unterscheidung zwischen Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch (konstanter Praxis) hat nur für jene Rechtszustände, in welchen die Rechtshilfe nicht eine bloß staatliche, sondern auch eine unmittelbare Hilfe der Rechtsgenossen (Volkshilfe) ist, eine erheblich praktische Bedeutung. Wo sich die Gerichte zur Begründung einer Sentenz auf Gewohnheitsrechte ohne präzedente Gerichtsurteile berufen, da macht sich in Wahrheit zumeist nicht die Rechtsquelle des Gewohnheitsrechtes, sondern die Rechtsquelle des Rechtsgefühles geltend. Jede in gerichtlichen Erkenntnissen und behördlichen Verfügungen erhärtete Gewohnheit zeigt an sich selbst schon ihre Motivation durch rechtlich-soziale Zwecke und damit ihren rechtlich-sozialen Charakter an. Daß hingegen solche Handlungsweisen, rücksichtlich deren bisher noch keine soziale Unterstützung oder Hemmung durch die staatlichen Organe aktuell wurde, dem Rechtsleben angehören, somit weiterhin einer Unterstützung oder Hemmung seitens der Rechtsgenossen,

beziehungsweise seitens der staatlichen Organe, teilhaftig sein werden, kann kaum anders als aus dem eigenen Rechtsbewußtsein des Beurteilers erschlossen werden.

4. Die umfassendste aller Rechtsregeln, die Regel des Gehorsams der Staatsgenossen gegenüber den Befehlen der staatlichen Gesetzgebungsorgane, gehört dem Gewohnheitsrechte an. Es wurde bereits oben (§ 13) gezeigt, daß es verkehrt ist, den regelmäßigen Gehorsam der Staatsgenossen aus den gesetzlichen Vorschriften abzuleiten. Wer das positive Recht als tatsächliche Erscheinung begreifen will, muß davon ausgehen, daß die menschlichen Handlungen ihre Regel in sich selbst tragen, ebensowohl wenn die Regel eine individuelle, als wenn sie eine soziale ist. Auch die Tätigkeiten der Naturdinge werden nicht als solche der sie beeinflussenden äußeren Ursachen, sondern als Wesensmanifestationen des beeinflußten Dinges, wenn auch unter Hinzunahme der darauf in stetigem Wechsel einwirkenden äußeren Ursachen, erkannt. Um wieviel mehr müssen die Lebensregeln der Menschen, deren Wirksamkeit nicht durch Ursachen, sondern durch Motive bestimmt werden, vor allem in den Menschen selbst gesucht und auf Motivationen ihres Tuns und Lassens zurückgeführt werden! Wenn uns daher die historische Betrachtung des gesellschaftlichen Zusammenlebens der Menschen eine universelle Regel zeigt, die dahin geht, daß sich die Gesellschaftsmitglieder den Befehlen einzelner unter ihnen, die eben hiedurch zu Oberhäuptern werden, unterwerfen, und zwar nicht bloß jeder einzelne für sich, sondern derart, daß jeder einzelne die Unterwerfung aller anderen unter die Befehle des Oberhauptes anstrebt — was mittels der rechtlichen Machtverhältnisse stattfindet — so wird eine wissenschaftliche Betrachtungsweise diese Regel als eine den Gesellschaftsmitgliedern inhärierende begreifen und behandeln müssen. Obtemperentia subjectum facit, sagt

Spinoza. Daß der Befehl der anbefohlenen Handlung vorausgeht, darf uns nicht beirren. Denn nicht die anbefohlene Handlung selbst, sondern die Gewißheit ihrer Vornahme ist der Inhalt der Gehorsamsregel. Diese Gewißheit als empirische Regel muß schon gegeben sein, damit wir die Person des Staatsoberhauptes als Oberhaupt und seine Worte als Befehle erkennen und bezeichnen; sie kann nicht auf die Befehlsworte zurückgeführt oder gar mit denselben identifiziert werden. Ihre Quelle ist ein gewohnheitsmäßiges Verhalten der Rechtsgenossen, kraft dessen sie sich wechselseitig — nicht etwa vertragsmäßig, sondern mittels ihres tatsächlichen Verhaltens — die soziale Machtbeschränkung des Gehorsams gegenüber den Befehlsworten bestimmter Personen auferlegen, und eben hiedurch diese Person zum Staatsoberhaupte und dessen Befehlsworte zu Befehlen erheben. Dieses regelmäßige Verhalten gestaltet die Rechtsordnung zur Staatsordnung. Es ist nicht durch gesetzliche Vorschriften, sondern unmittelbar durch eine die Rechtsgenossen bestimmende opinio necessitatis, durch das positive Gefühl des sozialen Interesses an dem Bestande einer staatlichen Organisation motiviert, gehört somit dem ungesetzten Rechte, und zwar, da seine Regelmäßigkeit sich aus den massenhaften Erfahrungen des täglichen Lebens ergibt, dem Gewohnheitsrechte an.

5. Eine Kollision zwischen gesetzlichem Recht und Gewohnheitsrecht ist nicht möglich, weil zwei einander wechselseitig ausschließende Regeln tatsächlichen sozialen Verhaltens nebeneinander nicht denkbar sind. Ein nicht in tatsächlicher Wirksamkeit stehendes Gesetzesrecht ist ebensowenig ein Recht, als ein toter Löwe ein Löwe ist. Der Rechtssatz, d. i. der Gedankeninhalt einer gesetzlichen Vorschrift, mag freilich dem Rechtssatze eines derogierenden Gewohnheitsrechtes widersprechen; aber die tatsächlich geltende

Rechtsregel ist kein bloßer Gedankeninhalt, sondern Ausdruck einer (wenngleich nur hypothetischen) Realität des Geschehens. Die Frage der Kollision von Gesetz und Rechtsgewohnheit drängt sich daher nur demjenigen auf, der im positiven Recht ein System idealer Anforderungen an das soziale Verhalten erblickt und sich vor die Eventualität gestellt sieht, daß die Gesetzesvorschrift etwas anderes enthält, als die im Gewohnheitsrechte zu Tage tretende Anforderung. Er sieht zwei Befehlsherren vor sich und muß sich darüber schlüssig machen, wem zu gehorchen sei. Für die realistische Auffassung jedoch gibt es kein zweifaches positives Recht, sondern nur eine zweifache Entstehungs- und Erkenntnisweise des einheitlichen positiven Rechtes. Wenn eine neue Regel des soziale Machtverhältnisse begründenden Verhaltens zur Geltung gekommen ist, so ist die alte Regel notwendigerweise beseitigt, mag die eine oder die andere nun auf dem Wege der gesetzlichen Vorschrift in Verbindung mit dem sozialen Gehorsam oder auf dem Wege unmittelbar sachliche Zwecke verfolgenden sozialen Verhaltens ins Leben getreten sein. Dem Gewohnheitsrechte die Fähigkeit bestreiten, gesetzliches Recht zu derogieren, hieße so viel, als Tatsachen der Erfahrung die Fähigkeit der tatsächlichen Geltung bestreiten.

Eine ganz andere Frage als die einer Kollision zwischen Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht ist diejenige, wie sich das Rechtsleben während der Zeit der Bildung eines gesetzlichen Vorschriften zuwiderlaufenden Gewohnheitsrechtes gestaltet. In einer solchen Übergangsperiode findet das rechtlich-soziale Verhalten in Bezug auf die in Betracht kommenden Lebensverhältnisse, bald im Sinne der unzureichend gewordenen gesetzlichen Vorschriften, bald im Sinne der auf neues Recht abzielenden Tendenzen statt. Man spricht dann von Unsicherheit des Rechtszustandes, ein Ausdruck, der besagt, daß auf dem betreffenden Lebensgebiete eine Regel des rechtlich-sozialen Verhaltens, sei

es überhaupt mangelt, sei es in geringem Maße obwaltet. Der Zustand gleicht demjenigen, welcher rücksichtlich neuer Lebensverhältnisse, die bisher weder eine gesetzliche, noch eine gewohnheitsrechtliche Regelung erfahren haben, Platz greift. Als einziger Regulator des Rechtslebens bleibt dann das Rechtsgefühl übrig, die allgemeine suppletorische Rechtsquelle, aus welcher die zur Ausfüllung der Lücken der Rechtsgesetze und der Rechtsgewohnheiten erforderlichen Rechtsregeln insolange geschöpft werden, bis sie, wohin die naturgemäße Entwicklung drängt, zur Bildung neuer Rechtsgewohnheiten oder neuer Rechtsgesetze geführt haben.

6. Aus gleichen Gesichtspunkten erledigt sich auch die Frage, ob Gewohnheitsrecht durch gesetzliche Vorschriften ausgeschlossen werden kann. Ein gesetzliches Verbot der Entstehung von Gewohnheitsrechten stünde annähernd auf der gleichen Stufe, wie ein gesetzliches Verbot von Änderungen der Staatsordnung im Wege der Revolution. Da die gesetzgeberischen Enunziationen nur dann, wenn sie von einer Gehorsamsregel begleitet sind, wahre Imperative sind, so verlieren sie im Augenblicke, in welchem die Regel des Gehorsams als Regel außer Geltung tritt, von selbst und notwendig den Charakter einer Rechtsquelle. Vernünftigerweise kann daher ein Gesetzesgebot oder Verbot rücksichtlich der Revolution nur dahin gehen, daß die Rechtsgenossen revolutionäre Tätigkeiten unterlassen, nicht aber dahin, daß aus solchen Tätigkeiten keine neue Staats- und Rechtsordnung hervorgehe. Würde das gesetzliche Verbot revolutionärer Umtriebe der Gehorsamsregel verlustig werden, so wäre in diesem Bereiche keine Rechtsordnung mehr vorhanden. Es mag dann eine Zwischenzeit der Regellosigkeit, des partiellen Mangels einer Rechtsordnung Platz greifen. Sobald jedoch eine neue Ordnung der einschlägigen sozialen Machtverhältnisse an die Stelle der ehemaligen gesetzlichen Ordnung getreten ist, kommt ihr das

Prädikat „positives Recht“ genau so zu, wie der auf dem Wege der Revolution beseitigten Ordnung früherer Zeit (§ 22, Z. 6).

Ganz ähnlich ist der Vorgang bei der Entstehung des Gewohnheitsrechtes, dessen Inhalt dem Inhalte bestehender Gesetze widerspricht. Auch sie ist nur möglich unter der Voraussetzung, daß die Rechtsregel des Gehorsams, welche bisher den Gesetzesinhalt zur Rechtsregel gestaltete, als Regel weggefallen ist. Mit dem Wegfalle des regelmäßigen Gehorsams hat der Gesetzestext zwar nicht das Wesen eines Rechtssatzes, eines Gedankenausdruckes mit rechtlich-sozialem Inhalte, wohl aber die Eigenschaft, Inhalt einer Rechtsregel zu sein, verloren, mag der Gesetzgeber auch noch so feierlich und noch so nachdrücklich erklärt haben, daß das Gesetz auch bei einer solchen Eventualität am Leben bleiben solle. Gewohnheitsrecht kann somit nicht in dem Sinne gesetzlich ausgeschlossen werden, daß es ungültig wäre; positives Recht bleibt Recht, so lange es tatsächlich gilt, gleichviel auf welchem Wege es entstanden ist. Dagegen können wohl Anordnungen getroffen werden, welche die Entstehung von Gewohnheitsrechten erschweren, indem die Gerichte und sonstigen Behörden angewiesen werden, ihre Entscheidungen nicht ausschließlich auf einzelne Präzedenzfälle zu basieren. Insoweit, als einem solchen Gesetzesbefehle die Gehorsamsregel treu bleibt, wird der wichtigste Faktor für die Bildung eines Gewohnheitsrechtes, das Verhalten der staatlichen Organe, ausgeschaltet. Wenn sich sodann, was bei fortschreitender Entwicklung der Kultur und Wirtschaft aus den oben (§ 13) dargelegten Gründen unvermeidlich ist, Mängel und Lücken der gesetzlichen Vorschriften ergeben, so mögen die Gerichte und Behörden, um dem gesetzlichen Verbote formal Genüge zu leisten, ihre Entscheidungen nicht durch Bezugnahme auf vorgekommene Präzedenzfälle allein begründen; sie werden jedoch in jedem einzelnen Falle

ihr Rechtsgefühl befragen, d. h. sie werden ihren Entscheidungen eine den sozialen Bedürfnissen entsprechende Rechtsregel supponieren und bestehende Präzedenzfälle nur als Belege für die Richtigkeit dieser ihrer Rechtsauffassung heranziehen. Daß auf diesem Wege, sofern kein neues Gesetz zuvorkommt, weiterhin ein Gewohnheitsrecht entsteht, ist in der Logik der Tatsachen gelegen, welche durch kein gesetzliches Verbot beseitigt werden kann.[26])

§ 16. *b)* Rechtsgefühl.

1. Die Überzeugung von der Wertlosigkeit der Fiktion, welche die häufigen Inkongruenzen zwischen dem Gesetzestexte und dem tatsächlich geltenden Rechte dadurch verschleiern will, daß sie an die Stelle der wirklichen Gesetzesautoren einen unerfindlichen „gesetzgeberischen Geist" setzt, der mittels des Gesetzestextes dasjenige angeordnet haben soll, was die Rechtsgenossen jeweilig als den der öffentlichen Wohlfahrt dienlichsten Rechtssatz betrachten, gelangt in der neueren Rechtsliteratur immer stärker und unabweislicher zum Ausdrucke. Um jenen Inkongruenzen auf anderem, den wissenschaftlichen Anforderungen in höherem Maße entsprechenden Wege Rechnung zu tragen, wird das Prinzip einer „freien Rechtsfindung" aufgestellt, wonach der Richter von der Bindung durch den Wortlaut und ursprünglichen Sinn der gesetzlichen Vorschriften innerhalb gewisser — mehr oder weniger weit gezogener — Grenzen befreit sein soll. Zu einer klaren Begriffsbestimmung ist die sogenannte „Freirechtsbewegung" bisher nicht gelangt. Sie tritt bald als eine Reformbestrebung, bald als eine Theorie im Rahmen des bereits geltenden positiven Rechtes auf. Sie beruft sich auf ein nicht genau definiertes, individuelles „Rechtsgefühl", das jeden einzelnen Richter in jedem einzelnen Falle zu einer sachgemäßen Entscheidung anleiten „soll", klärt uns aber weder über die

Autorität, welche dieses „Sollen“ begründe, noch über dessen sachlichen Inhalt zur Genüge auf. Solange mit dem Attribute „Recht“ in dem Worte „Rechtsgefühl“ keine bestimmte Vorstellung verbunden ist, entbehrt das Postulat, der Richter „solle“, sei es überall, sei es in Rechtsfällen, die keiner gesetzlichen Vorschrift subsumiert werden können, nach „Rechtsgefühl“ entscheiden, jeden deutlichen Inhaltes. Ein in jedem einzelnen Falle im Handelnden oder Urteilenden neugeborenes, nur diesen Fall betreffendes „Gefühl“ wäre ein psychischer Einzelvorgang, den mannigfaltigsten psychologischen Motivationen durch isolierte Interessen und durch Familien-, Klassen-, Standes- Parteiinteressen unterliegend; das ihm von Fall zu Fall entspringende Verhalten oder Urteilen würde in Wahrheit nicht auf einer „Findung von Recht“ im Sinne einer Regel des sozialen Lebens beruhen, vielmehr seinem Wesen nach Negation von Regeln, Regellosigkeit voraussetzen. Es unterläge auch keiner Kontrolle, keiner Überprüfung, überhaupt keiner Kritik. Der höhere zweite Richter könnte ein auf derartigem „Gefühle“ beruhendes erstinstanzliches Urteil nicht aus dem Grunde ändern, weil es unrichtig war, sondern nur aus dem Grunde, weil sein ebenso subjektives und unkontrollierbares „Gefühl“ einen anderen Inhalt besitzt, als dasjenige des ersten Richters. Zu der Vorstellung „Richtigkeit eines Urteils“ gelangt man nur dann, wenn man einen objektiven Maßstab besitzt und anlegt.

2. Ein beachtenswerter Begriff von „Rechtsgefühl“ muß daher eine bestimmte Vorstellung von dem Attribute „Recht“ als Objekt oder Inhalt des „Gefühles“ enthalten. Anerkennt man diese Notwendigkeit, so erübrigt, entsprechend dem in § 7 nachgewiesenen Unterschied von Rechtssatz und Rechtsregel, nur die Alternative, als Objekt des gefühlsmäßigen Erfassens:

a) entweder eine Idee rechtlich-sozialen Inhaltes, ohne Bedachtnahme darauf, ob sie den Mitgliedern einer be-

stimmten, historisch gegebenen Rechtsgesellschaft der Regel nach innewohnt oder nicht;

b) oder einen in einer positiven geltenden Rechtsregel enthaltenen Rechtssatz, den Inhalt einer tatsächlich geltenden Rechtsregel vorzustellen.[27])

Wir gelangen so zu einer Unterscheidung zwischen dem „idealen Rechtsgefühl" und einem „positiven Rechtsgefühl". Zieht man es vor, das in Betracht kommende Erfassen statt als „Gefühl" als „Bewußtsein" zu bezeichnen, so ergibt sich die gleiche Unterscheidung zwischen einem idealen und einem positiven Rechtsbewußtsein oder zwischen einem Bewußtsein von idealen und einem Bewußtsein von positiv geltenden Rechtssätzen. Diese Unterscheidung korrespondiert zugleich derjenigen, die in § 11 zwischen idealer und positiver Rechtsnorm und zwischen idealer und positiver Rechtspflicht getroffen wurde. Das ideale Rechtsgefühl schöpft seinen Inhalt aus den Ideen seines Subjektes von einem guten Rechtssatze (welches immer das Prinzip des „Guten" sein möge), und drückt, da es den Einzelnen für sich allein unmöglich ist, positives Recht hervorzubringen — bloß den Wunsch aus, daß der gute Rechtssatz tatsächlich geltendes Recht sein möge. So ist, beispielsweise angeführt, das Rechtsgefühl des Verfassers einer Gesetzesvorlage geartet, der einen bisher nicht als Rechtsregel geltenden neuen Rechtssatz ersinnt. Denn er stellt nicht eine Rechtsregel, eine Voraussage, daß die Rechtsgenossen sich im Sinne der von ihm ersonnenen Rechtssätze verhalten werden, sondern einen Rechtssatz, verbunden mit dem Wunsche, daß dessen Inhalt mittels gesetzlicher Vorschrift und mittels der Gehorsamsregel geltendes Recht werde, auf. Ebenso sind alle rechtsphilosophischen oder rechtspolitischen Ideen, unter welchem Titel immer sie auftreten mögen (Naturrecht, Vernunftrecht, natürliches Rechtsgefühl, richtiges Recht im Gegensatze zu positivem Recht usw.)

Ausflüsse eines idealen Rechtsgefühles oder idealen Rechtsbewußtseins und — in sprachliche Form gefaßt — Rechtssätze, welche einen ethischen Anspruch auf Erhebung zu positiven Rechtsregeln, nicht jedoch eine Regelmäßigkeit tatsächlicher Motivationen der Rechtsgenossen zu einem rechtlich-sozialen Verhalten ausdrücken. Solche ideale Anforderungen haben gewiß ihren selbständigen Wert, sie bringen jedoch das tatsächliche gesellschaftliche Zusammenleben nicht unter allgemeine Erfahrungsurteile und Erfahrungsbegriffe, gehören daher nicht zum positiven Recht als einem Erfahrungsobjekt und ihre Erkenntnis bildet keinen Bestandteil einer Wissenschaft vom positiven Rechte.

In dem idealen Rechtsgefühle ist nichts davon enthalten, daß es seinem Träger dauernd, geschweige denn, daß es außer seinem Träger auch den anderen Rechtsgenossen dauernd anhafte. Wer bei Entscheidung eines ihm heute vorliegenden Rechtsfalles oder bei seinem Verhalten in einer ihm heute gegebenen Lebenslage sich bloß von seinem ihn zur Zeit erfüllenden Gefühle für das, was seiner Idee nach Rechtens sein sollte, leiten läßt, wird vielleicht morgen, einem zweiten gleichartigen Rechtsfalle gegenüber oder in einer zweiten gleichartigen Lebenslage, von einem anderen idealen Rechtsgefühle erfüllt sein, somit einem anderen Rechtssatze gemäß verfahren. Gleichwohl werden wir sagen müssen, daß er gestern ebenso wie heute von einem „Rechtsgefühl" im idealen Sinne des Wortes bestimmt wurde. Hierin können rechtsphilosophische Lehren, was immer für Art, nichts ändern. Nehmen wir an, in einem Lande würde ein Teil der Rechtsgenossen und der Richter die kategorischen Imperative Kants, ein anderer Teil die Kulturideen Kohlers, ein dritter Teil das soziale Ideal Stammlers, ein vierter im Geiste Tolstois die in der altchristlichen Religion enthaltenen Anordnungen für das rechtlich-soziale Leben, ein fünfter die Anschauungen Stirners oder

Nietzsches, ein sechster die Marxistischen Rechtsideen usw. als die Quelle der vollkommensten Rechtssätze ansehen und dem so gefühlten und erkannten Ideale wenigstens dort, wo Rechtsgesetz und Rechtsgewohnheit eine Lücke lassen oder nicht vollständig klare Anleitungen bieten, Folge leisten; nehmen wir ferner an, daß für bestimmte Lebensverhältnisse jede dieser rechtsphilosophischen Ideen andere Rechtssätze ergeben würde: so wäre in Ansehung dieser Lebensverhältnisse offenbar kein positives Recht, weil keine Rechtsregel gegeben, keine Voraussage darüber, wie sich die Rechtsgenossen in den einschlägigen Lebenslagen tatsächlich verhalten und wie die Gerichte diese beurteilen werden, gestattet. Möchte auch jeder einzelne Rechtsgenosse und jeder einzelne Richter seinem idealen Rechtsgefühle in vollstem Maße Rechnung getragen haben, so würde doch in dem betreffenden Lebensgebiete keine positive Rechtsordnung, sondern Rechtsunordnung herrschen.

Will man also der „freien Rechtsfindung“ den Charakter einer positivrechtlichen Methode und dem „Rechtsgefühle“ den Charakter einer Quelle positiven Rechtes beimessen, so ist es erforderlich, in beiden Begriffen das Attribut „Recht“ in dem Sinne des positiven Rechtes als Inbegriffes von tatsächlich geltenden Regeln sozialer Erscheinungen festzuhalten. „Rechtsgefühl“ als Quelle positiven Rechtes kann nur ein Gefühl sein, das der Regel nach allen Mitgliedern einer Rechtsgesellschaft, soweit sie als Rechtsgenossen (nicht als isolierte Individuen) handeln, vermöge ihrer gleichartigen Anlagen und Antriebe, erfahrungsmäßig gleichartig zukommt und demzufolge ein gleichartiges rechtlich-soziales Verhalten bewirkt. Ebenso wie dem positiven Rechte die tatsächliche Geltung als essentielles Merkmal innewohnt (§ 7), gehört das regelmäßige Vorkommen, die Positivität als soziale Erscheinung, zum Wesen des positiven Rechtsgefühles. Die Philosophie mag diese, wie alle andere äußere und innere Erfahrung mit tran-

szendenten Idealen einer praktischen Vernunft in Verbindung bringen; sie mag das menschliche Bedürfnis nach gesellschaftlichem Zusammenleben und nach gesellschaftlicher Wohlfahrt in letzter Reihe auf was immer für Vernunftprinzipien zurückführen. Hieraus mag sich die weitere Folgerung ergeben, daß die den Inhalt der positiven Rechtsordnungen bestimmenden sozialen Interessengefühle und infolgedessen auch die Rechtsregeln sich den irgendwie aufgestellten Vernunftidealen fortschreitend immer mehr annähern werden. Allein die empirische Betrachtung des Rechtslebens und seiner Gesetzlichkeit hat alle derartigen Zusammenhänge ihres Objektes mit transzendenten Ideen nicht zum Gegenstande. Sie ist sich allerdings dessen bewußt, daß sie ein Stückwerk ist, daß ihre Ergebnisse nur als einzelne Bestandteile des Weltganzen begriffen werden und dem nach Erkenntnis des Weltganzen forschenden Geiste nicht genügen. Aber solche Unvollständigkeit und solcher Vorbehalt philosophischer Ergänzung haftet in gleichem Maße allen anderen empirischen Wissenschaften an und kann ebensowenig wie bei diesen auch bei der Wissenschaft des positiven Rechtes einen Grund dafür abgeben, auf deren Selbständigkeit zu verzichten und sich der Erfassung und Zusammenfassung des in der Erfahrung Gegebenen nach Regeln der Erfahrung zu entschlagen. Mag daher immerhin positives Rechtsgefühl in seinem letzten Grunde mit idealen Prinzipien zusammenhängen, für unsere Betrachtungsweise ist es von diesen durchaus zu trennen. Es sagt uns nicht, ob eine oder die andere Rechtsregel angemessen, gut oder „richtig“ sei, sondern ob eine zunächst nur a priori vorgestellte Art sozialen Verhaltens den jeweils positiv wirksamen sozialen Motivationen entspreche und demgemäß voraussichtlich stattfinden werde.

3. Sehen wir zu, wie dieses positive Rechtsgefühl auf seinem wichtigsten Anwendungsgebiete, bei der Entscheidung von

Rechtsstreitigkeiten, geartet ist. Jeder Streit um ein Gut oder um einen Vorteil ist entweder ein isolierter, ein Streit zwischen A und B als einzelnen Personen, außerhalb der Rechtsgesellschaft stehend gedacht, oder ein Rechtsstreit, ein Streit zwischen A und B in ihrer Eigenschaft als Mitglieder der Rechtsgesellschaft. Aus dem Umstande allein, daß A und B die Entscheidung eines zwischen ihnen rücksichtlich eines bestimmten Interesses stattfindenden Streites einem Dritten, als Richter, übertragen und einander wechselseitig versprechen, sich dessen Entscheidung zu unterwerfen, folgt keineswegs, daß sie insofern schon eine Rechtsgesellschaft bilden, und daß die erfließende Entscheidung ein Rechtsurteil sei. Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn der Streit nicht um Zwecke des isolierten Lebens des A und B., sondern um Zwecke eines rechtsgesellschaftlichen (d. i. soziale Machten begründenden) Lebens, an dem A und B beteiligt sind, geführt wird.

Wenn zum Beispiel von A und B die Entscheidung darüber, wer von ihnen bei einem künstlerischen Wettstreite Besseres geleistet habe, einer dritten Person überlassen wird, so prüft und beurteilt die dritte Person als Richter die beiderseitigen Leistungen als außersoziale Erscheinungen. Der Richter wird hiebei, sofern seine persönlichen Erfahrungen zu allgemeinen Regeln der betreffenden Kunst gelangt sind, diese Regeln in Betracht ziehen und sodann beurteilen, welcher Streitteil denselben besser entsprochen hat. Mangelt ihm die Kenntnis solcher Regeln, so wird sein unmittelbares subjektives Empfinden für sein Urteil maßgebend sein; er wird das Urteil, ähnlich wie der Künstler sein Werk auch ohne Zuhilfenahme von Kunstregeln zu schaffen vermag, aus seinem subjektiven Geschmacke oder Takte heraus intuitiv schöpfen. Im einen wie im anderen Falle aber betrifft der Streit lediglich isolierte Interessen und die Entscheidung erfließt aus einem

bloß diesem Richter als isoliertem Individuum innewohnenden Fühlen und Denken, also aus einem isolierten Geistesprozesse. Denselben isolierten Charakter hat auch der Streit und die Entscheidung darüber, ob dem A oder dem B ein moralischer oder ein auf idealem Rechtsgefühle beruhender Anspruch, beziehungsweise eine derartige Verpflichtung zukommt und obliegt. Auch hier stehen die Einzelinteressen der Streitteile, nicht aber rechtlich-soziale Interessen in Frage. Ist der mit der Beurteilung vom moralischen oder idealrechtlichen Standpunkte betraute Richter durch seine Lebenserfahrungen zu idealen Grundsätzen moralischen oder rechtlichen Inhaltes gelangt, so wird er diese seinem Urteile zu Grunde legen; mangeln ihm solche Grundsätze oder individuelle Lebensregeln, so wird er die Entscheidung aus seinem moralischen Gewissen heraus intuitiv fällen, sowie auch sonst der Sinn für das Gute oder Zweckmäßige, ohne daß sich das Subjekt irgend welcher normativer Ideen deutlich bewußt ist, betätigt werden kann. Möge das Urteil in allen solchen Fällen isolierter Streitigkeiten auf Grundsätzen des Richters beruhen oder gefühlsmäßig gefunden werden, es ist, solange sein Gegenstand ausschließlich ein zwischen A und B als einzelnen Personen streitiges Interesse ist, kein Urteil positiven Rechtes; es kommt ihm keine rechtlich-soziale, sondern nur eine Bedeutung für die Streitteile, und auch für diese nicht als Mitglieder einer Rechtsgesellschaft, sondern als isolierte Personen zu. Wenn der unterliegende Streitteil sich der Entscheidung fügt, so erfüllt er ein bei einverständlicher Bestellung des Richters gegebenes Versprechen und handelt insofern moralisch; fügt er sich nicht, so handelt er insofern treulos und unmoralisch. Positives Recht kommt aber hiebei nicht in Frage; er hat im ersten Falle nicht rechtmäßig, im zweiten Falle nicht rechtswidrig gehandelt. Zwar bedient man sich auch bei isolierten Streitig-

keiten der Ausdrucksweise: A oder B haben oder behalten „Recht“ oder „Unrecht“. Allein diese Worte sind dann nicht die Bezeichnung einer Übereinstimmung mit positivem Rechte, sondern die Bezeichnung einer Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung der von den Streitteilen vertretenen individuellen Meinungen mit der ebenso individuellen Meinung des Richters.

Zur Würde eines Rechtsstreites ist ein Streit erst dann erhoben, wenn das Interesse an der richtigen Entscheidung kein bloß isoliertes, sondern ein soziales ist. Der Gegenstand des Rechtsstreites ist nicht die Frage, und der Gegenstand des richterlichen Urteiles ist nicht die Entscheidung, ob dem Kläger, wenn der Rechtsfall nach irgend welchen idealen Überzeugungen des Richters beurteilt wird, ein Vorteil gebühre. Es handelt sich vielmehr darum, ob es dem positiven Rechte entspricht, dem Kläger behufs Erlangung eines Vorteiles im konkreten Falle soziale Unterstützung zu gewähren. Im Rechtsstreite tritt der Kläger mit dem Anspruche auf, daß die Rechtsgenossen im gesellschaftlichen Interesse jene Rechtsregeln betätigen, nach welchen seine Willensenergie zur rechtlichen Macht, sein Interesse zum rechtlich-sozialen Zwecke erhoben ist. Sein Obsiegen im Rechtsstreite bedeutet nicht, daß das von ihm verfolgte Interesse mit irgend welchen Grundsätzen oder Gefühlen des Richters als einzelner Person, sondern daß dasselbe mit den Regeln des rechtlich-sozialen Verhaltens der Rechtsgenossen und mit den diesen immanenten gesellschaftlichen Interessen übereinstimme; daß daher die Voraussetzungen eines sozialen Machtverhältnisses vorliegen. Jede positivrechtliche Entscheidung setzt daher notwendigerweise den tatsächlichen Bestand rechtlich-sozialer Regeln und diese bestimmender sozialer Interessen voraus.

Ebenso undenkbar als positives Recht ohne Regelmäßig-

keit, ist somit ein positiver Rechtsspruch ohne Zugrundelegung von positiven Rechtsregeln. Man wende nicht ein, daß die Rechtsregel eben darin bestehen könnte, daß der Richter wenigstens dort, wo Rechtsgesetz und Rechtsgewohnheit defizieren, nach seinem subjektiven Ermessen, ohne eine Regel zu Grunde zu legen, judiziere, und daß dieses Judikat sodann ein neues Rechtsverhältnis begründe. Denn eine Rechtsregel, daß der Richter — unter was immer für Voraussetzungen — ohne Zugrundelegung positiven Rechtes entscheide, enthielte bloß in prozessualer Beziehung einen Rechtssatz. Der Inhalt der so gefällten Entscheidungen wäre nicht Unterstützung des Berechtigten behufs Ausübung seines Rechtes durch Feststellung desselben, sondern Schaffung eines neuen Rechtsverhältnisses. Zweck und Wesen staatsgerichtlicher Entscheidungen ist aber nicht: ein Rechtsverhältnis ins Leben zu rufen, zu verändern oder zu tilgen, sondern (nach Gesetzen der angewandten Logik) festzustellen, ob ein Rechtsverhältnis und in welchem Umfange es bereits besteht. Die richterliche Entscheidung ist in dieser Richtung kein anderer Denkprozeß als derjenige, den jede andere Person, welche die Streitsache positivrechtlich beurteilen will, einschlagen muß. Sie spricht aus, daß die in den geltenden Rechtsregeln enthaltenen Voraussetzungen einer rechtlichen Machtgewährung, beziehungsweise Machtbeschränkung im konkreten Falle gegeben oder nicht gegeben sind.

4. Es erübrigt nun die Frage: ist positives Rechtsgefühl in dem hier dargelegten Sinne einer Quelle positiven Rechtes tatsächlich gegeben? Und wie kann es, da es doch ein unmittelbarer Wahrnehmung nicht zugänglicher Vorgang in den Geistern der Rechtsgenossen ist, erkannt und festgestellt werden?

Dieser Frage gegenüber vergegenwärtigen wir uns zunächst, daß auch Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht im

letzten Grunde auf Gefühlen der Rechtsgenossen beruhen. Jede menschliche Handlung und Unterlassung, somit auch das regelmäßige rechtlich-soziale Verhalten resultiert aus einem Wollen und jedes Wollen resultiert aus Motivationen, die subjektiv als Gefühlserregungen empfunden werden.[28]) Die gleichmäßigen Motivationen, aus denen die Regelmäßigkeit des rechtlich-sozialen Verhaltens erwächst, bestehen darin, daß der Regel nach alle Mitglieder der Rechtsgesellschaft gleichartige Gefühle für ihre gemeinschaftlichen Interessen, wenn auch natürlich nicht jederzeit aktuell, so doch potentiell in sich tragen. Nur vermöge solcher, den Rechtsgenossen gleichmäßig innewohnender Gefühle für die Autorität der Gesetzgebungsorgane, findet jener regelmäßige Gehorsam gegenüber den gesetzlichen Vorschriften statt, durch welchen diese zu einer Quelle positiven Rechtes erhoben werden; und nur vermöge gleichmäßiger Gefühle für die sachlichen Gesellschaftszwecke entstehen Rechtsgewohnheiten und mittels derselben Gewohnheitsrecht. Alle solchen, die Rechtsgenossen der Regel nach motivierenden, somit zu positiven Rechtsregeln überleitenden Gefühle fallen unter den Begriff „positives Rechtsgefühl".

Setzen wir den Fall, ein als Richter fungierender Bewohner eines Landes, in dessen Gebiet die Herabwürdigung religiöser Einrichtungen kein Delikt bildet oder Forderungen aus wucherischen Verträgen klagbar sind, werde zum Richter in ein anderes Land berufen, nach dessen Gesetzen jene Herabwürdigungen strafbar, jene wucherischen Verträge ungültig sind. Seine persönlichen Überzeugungen von der moralischen Zulässigkeit oder Verwerflichkeit, von der kulturellen oder wirtschaftlichen Schädlichkeit oder Unschädlichkeit der erwähnten Handlungsweisen werden, insofern er sie als isolierter Mensch zu beurteilen hätte, keinerlei Veränderung erfahren. Zweifellos aber wird sein positives Rechtsgefühl — entsprechend seiner positiven Rechtspflicht — im zweiten Lande

einen anderen Inhalt haben als im ersten Lande. Er wird es im ersten Lande als Recht einsehen und empfinden, den Religionsverächter freizusprechen und den Wucherschuldner zu verurteilen, während im zweiten Lande solche Erkenntnisse ihm als ungerecht erscheinen werden. Dies beweist, daß positives Rechtsgefühl ebenso wie positive Rechtspflicht unabhängig ist von irgend welchen idealen Anschauungen, welche sein Träger, losgelöst von einem gesellschaftlichen Verbande, hegt, daß es vielmehr aus dem sozialen Triebe, aus einem dem menschlichen Wesen angeborenen und durch Erziehung vermehrten Drange nach rechtsgesellschaftlichem Leben resultiert.

Das gleiche Bedürfnis nach einem regelmäßigen, rechtlich-soziale Zwecke verfolgenden Verhalten der Gesellschaftsmitglieder, nach einer tatsächlichen Rechtsordnung, wird nun auch bezüglich jener Lebensverhältnisse empfunden, wo sich noch kein gesetzliches Recht und kein Gewohnheitsrecht gebildet hat, oder wo die diesen Rechtsquellen entspringenden Rechtsregeln sich als unvollständig erweisen. Wir sind von der Erfahrungstatsache ausgegangen (§ 4), daß alle Menschen zu einem rechtsgesellschaftlichen, soziale Interessen mittels sozialer Machtverhältnisse verfolgenden Leben durch ihre geistigen und physischen Anlagen angetrieben sind, so daß jeder Rechtsgenosse zweierlei Motivationen unterliegt: denjenigen seines isolierten und denjenigen seines rechtsgesellschaftlichen Lebens. Bei Konflikten, welche in einem einzelnen Rechtsgenossen zwischen dem Gefühle für seine isolierten und jenem für die sozialen Interessen entstehen, obsiegen vielfach die ersteren. Deshalb ist die Idee einer bloß auf Selbstüberwindung der isolierten Interessen jedes einzelnen durch dessen eigenes Rechtsgefühl beruhenden Rechtsordnung eine Utopie (§ 30, Z. 1). Allein das Rechtsgefühl jedes Einzelnen macht sich nicht bloß im Konflikte mit den Motiven des *eigenen* iso-

lierten Lebens, sondern auch gegenüber den isolierten Interessen der anderen Rechtsgenossen, also auf einem Gebiete, wo keine Konkurrenz isolierter Interessen stattfindet, geltend. Wir sprechen dann von Unparteilichkeit oder Unbefangenheit, Ausdrücke, die nichts anderes besagen, als daß der im einzelnen Falle zu einer rechtlich-sozialen Handlung oder Entscheidung Berufene von keinem isolierten Interesse abgelenkt ist, daher seinen sozialen Motivationen gemäß verfahren wird. Mag daher auch das Rechtsgefühl in dem Subjekte eines isolierten (bloß einzelnen Personen oder Personengruppen angehörenden) Interesses durch das Gefühl für dieses zurückgedrängt werden, so bleibt es doch eine regelmäßige soziale Erscheinung, ein jeden Rechtsgenossen der Regel nach — wenigstens gegenüber den Lebensverhältnissen der anderen — bestimmender geistiger Vorgang. Wo immer ein isoliertes Interesse einem sozialen Interesse widerstreitet, steht dem vereinzelten Träger des ersteren das soziale Interesse und das Rechtsgefühl aller anderen Rechtsgenossen gegenüber.[29])

Allgemeinster Inhalt des positiven Rechtsgefühles ist also das positive erfahrungsmäßig gefühlte Bedürfnis nach rechtsgesellschaftlichem Leben, oder, was dasselbe bedeutet, nach einer sozialen Ordnung der für die Realisierung der gesellschaftlichen Interessen erforderlichen Machtverhältnisse. Wie sich dieser allgemeinste Inhalt rücksichtlich der einzelnen Kategorien von Lebensverhältnissen gestaltet, ergibt sich bei den durch Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht bestimmten Lebensverhältnissen aus den als Rechtsquelle fungierenden gesetzlichen Vorschriften oder Gewohnheiten. Allerdings auch hier nicht immer mit voller Sicherheit und Klarheit. Es wurde an früherer Stelle bereits auf die unvermeidliche Mehrdeutigkeit und Unbestimmtheit der Rechtsgesetze und der Rechtsgewohnheiten hingewiesen. Viel labiler und einer sicheren begriff-

lichen Abgrenzung unzugänglicher noch ist das in keinem Gesetz und keiner Gewohnheit zu Tage getretene Rechtsgefühl, weshalb sich der Zweifel aufdrängt, ob seine Motivationen überhaupt unter Regeln zusammengefaßt werden können, ob positives Rechtsgefühl für sich allein (ohne die Stütze gesetzlicher Vorschriften oder Rechtsgewohnheiten) ein regelmäßiges rechtlich-soziales Verhalten, positives Recht, hervorzubringen vermag.

Gewiß werden in Ermanglung gesetzlicher Vorschriften oder Rechtsgewohnheiten weitgehende Meinungsverschiedenheiten darüber, welche rechtlich-sozialen Verhaltungsweisen rücksichtlich einer bestimmten Art von Lebensverhältnissen zu gewärtigen seien, obwalten. Allein die Wahrscheinlichkeit streitet dafür, daß in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle eine Übereinstimmung der Anschauungen und Motivationen sowohl in Ansehung des sozialen Wohlfahrtszweckes als in Ansehung der zu dessen Erreichung dienlichen Handlungsweisen herrschen wird. Da das Ziel, die Gewährleistung sozialer Wohlfahrt, seinem Begriffe nach für alle in dem oben bezeichneten Sinne unparteiischen Rechtsgenossen identisch gegeben ist, und da sowohl die psychologischen Veranlagungen als die in Betracht kommenden äußeren Umstände bei den im einzelnen Falle zu einer Mitwirkung oder Beurteilung berufenen unparteiischen Rechtsgenossen ähnliche sind, so wird in aller Regel die Übereinstimmung im Endzwecke zugleich die Übereinstimmung in den Mittelzwecken einschließen. Jeder von seinen gesellschaftlichen Bedürfnissen und Motivationen nicht durch widerstreitende Einzelinteressen abgezogene Rechtsgenosse ist ein Exemplar des Typus: „Rechtsgenosse“ und als solcher eine, wenn der Ausdruck gestattet ist, fungible Persönlichkeit. Von gleichen oder ähnlichen inneren Trieben und äußeren Antrieben bestimmt, werden alle diese fungiblen Persönlichkeiten, wenn und insoweit sie gleichen

oder ähnlichen Lebensverhältnissen unparteiisch gegenüberstehen, gleichmäßig urteilen und handeln; und diese Gleichmäßigkeit wird, da sie auf einer Gleichmäßigkeit der Motive beruht, keine zufällige sein, sondern den Charakter der Regelmäßigkeit an sich tragen. Wo immer und auf welchem Wege immer wir zu der Überzeugung gelangen, daß wir oder daß andere Rechtsgenossen ausschließlich von dem Bestreben nach einem rechtsgesellschaftlichen Leben bestimmt handeln oder urteilen, müssen wir daher nach Grundsätzen logischer Induktion einen Analogieschluß ziehen und voraussagen, daß auch alle anderen unparteiischen Rechtsgenossen unter gleichen Voraussetzungen in der Regel in gleicher Weise handeln und urteilen werden, d. h. wir müssen eine mit dem Charakter eines empirischen Wahrscheinlichkeitsgesetzes ausgestattete allgemeine Regel solchen rechtlich-sozialen Verhaltens, eine Rechtsregel, aufstellen. Nur weil und nur wenn ein solcher Schluß geboten ist, können wir im positivrechtlichen Sinne von Rechtsgefühl als Quelle einer bestimmten Verhaltungs- und Entscheidungsweise sprechen. Jede aus solchen rechtsgesellschaftlichen Antrieben resultierende Handlung oder Unterlassung, somit auch jede vom positiven Rechtsgefühle begründete richterliche Entscheidung, bildet sodann, geradeso wie jede einem Rechtsgesetze oder einem Gewohnheitsrechte entsprechende Handlung, Unterlassung oder Entscheidung, einen Regelfall. Nur daß die Allgemeinheit der Regel beim Rechtsgefühle eine geringere ist, als jene der aus Rechtsgesetzen und Rechtsgewohnheiten resultierenden Rechtsregeln (§ 17, Z. 1).

5. Reiner und stärker als in allen anderen Rechtsgenossen lebt das positive Rechtsgefühl im Juristen. Denn die des Rechtsstudiums und der Rechtsanwendung Beflissenen kommen der Erkenntnis der positiven Rechtszwecke und der zu deren Realisierung geeigneten Verhaltungsweisen viel näher, als Personen,

die der Bedingungen des rechtsgesellschaftlichen Zusammenlebens sich bewußt zu werden, nur selten Gelegenheit haben. Die wahre fruchtbringende Lehre und Praxis der Rechtsanwendung wird denn auch ihren Hauptberuf darin erkennen, sich der rechtsgesellschaftlichen Bedürfnisse, die in letzter Reihe allen Rechtsquellen zu Grunde liegen, bewußt zu werden. Das so kultivierte Rechtsgefühl wird der Aufrechthaltung und gedeihlichen Ausgestaltung der Rechtsordnung, sowohl insoweit, als sie auf Rechtsgesetzen und Rechtsgewohnheiten beruht, als insoweit Lücken dieser Rechtsquellen durch die unmittelbare Erfassung und Verfolgung der rechtlich-sozialen Interessen auszufüllen sind, besser dienen, als die gelehrteste Erforschung des Sinnes, in welchem der eine oder andere der einstigen Redaktoren des Gesetzes das eine oder andere Wort desselben verstanden haben dürfte. Auf der Erforschung des positiven Rechtsgefühles beruht die Funktion der Rechtswissenschaft als einer selbständigen, neben den Rechtsgesetzen und den Rechtsgewohnheiten wirksamen Rechtsquelle. Freilich schafft die Rechtswissenschaft an sich selbst keine Rechtsregeln, sondern sie formuliert Rechtssätze. Entsprechen aber ihre Rechtssätze positiv empfundenen, wenn auch bis dahin noch nicht zur abstrakten Formulierung gelangten Bedürfnissen des rechtsgesellschaftlichen Lebens in der Weise, daß sie diesen Bedürfnissen, ohne mit dem geltenden Rechte in Widerspruch zu geraten, Befriedigung zu gewähren geeignet sind, so werden sie voraussichtlich von den Rechtsgenossen aufgenommen, d. h. ihr Inhalt kann als Rechtsregel prädiziert werden. Nur in diesem Sinne kann der Rechtswissenschaft eine rechtsschöpferische Kraft beigelegt werden; nur in diesem Sinne ist die Berufung auf eine rechtswissenschaftliche Meinung zugleich Berufung auf positives Recht.

Auch der Richter, der einem Parteibegehren, ohne dasselbe einer gesetzlichen Vorschrift oder einer Rechtsgewohn-

heit subsumieren zu können, Folge gibt, urteilt nur dann positiv rechtmäßig, wenn er den Bestand einer nicht nur für den gegebenen, sondern für alle gleichartigen Fälle geltenden Rechtsregel gegeben findet. Seine Geistestätigkeit ist hiebei im wesentlichen die gleiche, wie diejenige des Rechtsforschers. In dem Worte „freie Rechtsfindung“ ist somit, wie es auch der Wortbildung entspricht, „frei“ nicht ein Attribut von „Recht“, sondern von „Findung“; nicht daß der Richter ein „freies Recht“, sondern daß er das objektiv gegebene und auch ihn bindende Recht „frei“ findet, ist der Sinn. Die Findung ist insofern eine freie, als der Richter nicht an die Rechtsquellen des Gesetzes und der Rechtsgewohnheiten gebunden ist, sondern aus sich selbst, aus dem eigenen Gefühle oder Bewußtsein heraus positives, für eine bestimmte Art von Lebensverhältnissen geltendes Recht suchen und finden kann. Objekte dieses Suchens und Findens sind unter allen Umständen Regeln eines rechtlich-sozialen Verhaltens, das von den — durch isolierte Interessen nicht beirrten — Rechtsgenossen und von den deren Interessen vertretenden staatlichen Organen voraussichtlich in allen dem gegebenen Rechtsfall gleichartigen Lebensverhältnissen beobachtet werden wird. Ist das so Gesuchte trotz des Mangels einer einschlägigen Gesetzesvorschrift gefunden, so ist die Entscheidung richtig, weil sie einem wahren Gefühle für das positive Recht entspricht; hat der Richter das Gesuchte nicht gefunden, so ist seine Entscheidung unrichtig, geradeso, als wenn er sie infolge irriger Auffassung eines Rechtsgesetzes gefällt hätte.

6. Die Positivität des Rechtsgefühles inkludiert, daß die Rechtsgenossen, beziehungsweise diejenigen, welche deren Interessen vertreten, seinen Inhalt für einen dem Gemeinwohl förderlichen halten. Eine beabsichtigte Begünstigung von dem Gemeinwohle zuwiderlaufenden Sonderinteressen ist mit dem Wesen des positiven Rechtsgefühles nicht vereinbar, zum

mindesten weniger vereinbar als mit dem gesetzlichen Rechte. Dagegen mögen *irrtümliche Beurteilungen* des dem Gemeinwohle Dienlichen oder Schädlichen im positiven Rechtsgefühle ebenso vorkommen, wie in den Rechtsquellen des Gesetzes und der Gewohnheit. Obgleich eine starke Vermutung dafür streitet, daß die Rechtsgenossen in der Regel die Bedingungen ihrer gesellschaftlichen Wohlfahrt richtig beurteilen, so darf uns doch diese Präsumtion nicht dazu verleiten, zu verkennen, daß die Positivität des Rechtsgefühles infolge der Unvollkommenheit und Schwäche des menschlichen Erkenntnisvermögens die Möglichkeit arger Fehlgriffe bei der Verfolgung sozialer Interessen in sich schließt. Ebenso wie jeder einzelne in seinem individuellen Leben regelmäßig die eigene Wohlfahrt *anstrebt*, sehr oft aber deren wahren Charakter und wahre Bedingungen nicht erfaßt und sich selbst schädigt, so geht auch das die Rechtsgenossen beherrschende Gefühl für soziale Interessen vielfach irre und führt zu einem das Gemeinwohl unzureichend fördernden oder auch beeinträchtigenden rechtlich-sozialen Verhalten. Hieraus aber einen Einwand gegen unseren Begriff vom positiven Rechtsgefühle abzuleiten, wäre durchaus verfehlt. Wer, unserem Grundgedanken folgend, das positive Recht und seine einzelnen Erscheinungen in ihrer Realität begreifen, nicht aber von irgend einem außerhalb ihrer Sphäre liegenden Standpunkt kritisieren, nicht irgend welche Mängel eines positiven Rechtes konstatieren will, wird die Tatsache, daß positives Rechtsgefühl im Sinne einer Quelle positiven Rechtes den Anforderungen einer geläuterten Auffassung über das den gesellschaftlichen Interessen Förderliche oft nicht entspricht, bereitwillig zugeben. Die Positivität des Rechtes involviert (ebenso wie jede andere Erfahrungstatsache) die Möglichkeit, wenn nicht gar die Notwendigkeit einer Minderwertigkeit gegenüber echten (freilich nicht gegenüber eingebildeten) Idealen. Auch die durch gesetzliche Vorschriften

vermittelten Rechtsregeln sind oft sehr mißraten und mögen den nach Ansicht des erkennenden Richters von der Moral, der Kultur, der Volkswirtschaft gebotenen idealen Rechtssätzen nicht Genüge leisten. Ebensowenig als solche Fehler den Charakter der Rechtsgesetze als Quelle positiven Rechtes tangieren, kann aus einer Moralwidrigkeit oder Schädlichkeit eines positiven Rechtsgefühles ein Grund abgeleitet werden, dessen Eigenschaft als Quelle positiven Rechtes zu negieren.

7. Mit einer Majorität oder Minorität der Rechtsgenossen hat das positive Rechtsgefühl nichts zu tun. Dasselbe Mitglied der Rechtsgesellschaft, welches in einem einzelnen Falle sich unrechtmäßig verhält, wird in tausend anderen Lebensverhältnissen dem angeborenen und durch sein Leben in der Gesellschaft ausgebildeten Gefühle für die sozialen Interessen folgen. Jeder Verbrecher ist ein solcher nur bei Ausübung des Deliktes und nur in Beziehung auf dieses Delikt. Der Mörder respektiert fremdes Eigentum, der Dieb respektiert fremdes Leben. Dem politischen Verbrecher sind Leben und Eigentum anderer vielleicht heiliger als manchem staatstreuen Bürger, und die Zahl jener Fälle, in welchen einzelne Personen eine Rechtsregel verletzen, verschwindet gegenüber der ungeheuren Mehrzahl jener Fälle, in welchen eben dieselben einzelnen Personen während ihres Lebens die Rechtsregeln beobachten. Selbst während der bewußten Begehung einer unrechtmäßigen Handlung oder Unterlassung ist das Rechtsgefühl des Täters keineswegs immer erloschen. Vielmehr ist als Regel anzusehen, daß es fortlebt und nur durch ein übermächtiges Gefühl für eine unmittelbar bevorstehende Lustbefriedigung vorübergehend gehemmt und zurückgedrängt wird; und die Tötung oder Hemmung des Rechtsgefühles erfolgt nur insoweit, als ihm ein egoistisches Interesse entgegensteht. Gegenüber Lebensverhältnissen anderer Personen, an denen sie nicht beteiligt sind, bleibt das Rechtsgefühl auch in solchen

Personen, die den Versuchungen eines ihnen eigenen rechtswidrigen Interesses unterliegen, unberührt. Für die Erkenntnis des positiven Rechtsgefühles als eines der Regel nach das Verhalten der Rechtsgenossen bestimmenden psychischen Vorganges kommt daher nicht eine große Anzahl von Köpfen, sondern eine große Anzahl von Verhaltungsweisen in Betracht.

So verstanden stimmt der hier dargelegte Begriff eines positiven Rechtsgefühles unseres Erachtens im wesentlichen Kern überein mit dem in Art. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 enthaltenen Rechtssatze, zufolge dessen der Richter in jenen Fällen, welche er weder einer gesetzlichen Vorschrift noch einer Rechtsgewohnheit subsumieren kann, „nach der Regel entscheiden soll, die er als Gesetzgeber aufstellen würde“. Der Richter hat danach den ihm vorliegenden Rechtsstreit nicht als einen einzelnen Fall zu behandeln, nicht Gefühlen und Motivationen (mögen sie auch moralische sein), die bloß auf den gegebenen Fall Anwendung finden, zu folgen. Er hat eine „Regel“ zu suchen, unter welche die ihm vorliegende Rechtsfrage fällt. Daß ihn das Gesetz anweist, sich hiebei an die Stelle des Gesetzgebers zu versetzen, bedeutet, daß er sich bei Bildung jener Regel der zur Zeit seiner Entscheidung in Ansehung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses von den schweizerischen Staatsgenossen regelmäßig empfundenen sozialen Bedürfnisse und Motivationen bewußt werden möge. Unter dem Worte „Gesetzgeber“ kann hier, zumal im Hinblicke auf die demokratische, auf dem Grundsatze der Volkssouveränität beruhende, Staatsverfassung der Schweiz, nur das präsumtive regelmäßige Wollen der Schweizer Staatsbürger verstanden sein. Denn eine Anforderung des Sinnes, daß der Richter in seinem Geiste sich an die Stelle der jeweiligen mehr oder minder zufälligen Majorität des Bundesrates, beziehungsweise der diese Majorität bildenden Einzelpersonen

versetzen möge, wäre widersinnig, weil schlechthin unerfüllbar. Dagegen kann jeder Richter, wenn auch nicht mit Gewißheit, doch mit einigermaßen sicherer Wahrscheinlichkeit aus seinem Bewußtsein und Gefühle heraus einen Schluß darauf ziehen, wie Lebensverhältnisse derjenigen Art, welche dem Rechtsstreite zu Grunde liegen, von seinen Mitbürgern, sofern sie von jedem Sonderinteresse frei sind, im sozialen Interesse beurteilt werden dürften. Der solchergestalt seiner Entscheidung zu Grunde gelegte Rechtssatz bildet sodann, vorausgesetzt daß es dem Richter wirklich gelungen ist, sich an die Stelle des „Gesetzgebers“ zu versetzen, d. h. daß der Rechtssatz einem wahren positiven Rechtsgefühle entspringt, einen Bestandteil der tatsächlich geltenden Rechtsordnung.

8. In Ländern mit hochausgebildetem Gesetzes- oder Gewohnheitsrechte wirkt das positive Rechtsgefühl als Rechtsquelle vornehmlich im Wege der Rechtsanalogie. Die Rechtsanalogie geht von einer oder mehreren Rechtsregeln aus und folgert aus der Ähnlichkeit der ihnen immanenten Geltungsbedingungen mit irgend welchen neu auftretenden Tatbeständen, daß sich an diese eine gleiche oder ähnliche Art rechtlich-sozialen Verhaltens anknüpfen werde, wie an jene. Die neue mittels Analogie gefundene Regel wird aber nicht aus der alten Regel, wie es bei durch Auslegung gewonnenen Sätzen der Fall ist, im Wege logischer Deduktion abgeleitet. Da die Bedingungen der neuen Regel mit denjenigen der alten vorausgesetztermaßen nicht gleich, sondern bloß ähnlich sind, so bedarf es wie bei jeder Analogie[30]) eines heuristischen Prinzips, durch welches festgestellt wird, daß trotz der teilweisen Verschiedenheit der Voraussetzungen die Motivationen des rechtlich-sozialen Verhaltens die gleichen sein werden. Dieses heuristische Prinzip ist das positive Rechtsgefühl.

Wird beispielsweise eine für das Pfandrecht geltende Rechtsregel bei Sicherstellungen durch fungible Werte (pignus irre-

gulare, börsenmäßige Kostgeschäfte usw.) vermöge Rechtsanalogie angewandt, so bedeutet dies die Bildung einer neuen Rechtsregel, welche aus dem Gefühle der Rechtsgenossen und der ihre Interessen vertretenden Gerichtsbehörden des Inhaltes, daß derartige Sicherstellungen einem sozialen Wohlfahrtsbedürfnisse entsprechen, hervorgeht. Ob sodann bei der wissenschaftlichen Klassifikation die neue Sicherstellungsart als ein dem altbekannten Pfandrechtsverhältnisse koordiniertes angesehen oder ob ein neuer allgemeinerer Begriff, welcher beide Sicherstellungsarten umfaßt, aufgestellt wird, ist belanglos. Im einen wie im anderen Falle wird die Rechtsregel für die neuen Sicherstellungsarten nicht aus den hergebrachten Pfandrechtsregeln deduziert; sie ist die Voraussage eines neuen regelmäßigen rechtlich-sozialen Verhaltens und neuer durch dieses Verhalten begründeter Rechtsverhältnisse. In ähnlicher Weise sind die Rechtsregeln betreffs der immateriellen Güter, der elektrischen Kraft, des Handelns auf eigene Gefahr u. m. a. zuerst im Wege der Rechtsanalogie entstanden. Indem wir uns des von allen isolierten Interessen freien positiven Rechtsgefühles bewußt werden, stellen wir in der Rechtsanalogie für ein neu auftauchendes Lebensverhältnis Rechtsregeln oder Voraussagen eines rechtlich-sozialen Verhaltens auf, denen ähnlich, welche für ähnliche Lebensverhältnisse in zweifelloser Geltung stehen.

§ 17. Lücken des positiven Rechtes. Rechtsentwicklung.

1. Der Grad der Wahrscheinlichkeit, mit welcher Rechtsregeln gelten (§ 5), ist identisch mit dem Grade der auf dem ihnen unterliegenden Gebiete des sozialen Lebens herrschenden Rechtssicherheit. Diese ist am größten bei dem auf gesetzlichen Vorschriften und auf dem diesen gezollten Gehorsam beruhenden Rechte, eine geringere bei den aus Rechtsgewohnheiten erwachsenden Rechtsregeln, und steht auf der niedrigsten

Stufe bei jenen Rechtsregeln, deren Bestand und Erkenntnis bloß auf Rechtsgefühl begründet ist. Man könnte, um ein anschauliches Gleichnis heranzuziehen, diese Abstufungen der Rechtssicherheit nach Maßgabe der Rechtsquellen, von dem Rechtsgefühle als unterster, der Rechtsgewohnheit als zweiter und dem Rechtsgesetze als höchster Stufe, in Parallele setzen zu den Abstufungen der Konsistenz bei luftförmigen, flüssigen und festen Körpern. Der Vorteil größerer Verläßlichkeit und Sicherheit ist sowohl bei den natürlichen als bei den rechtlich-sozialen Erscheinungen von dem Nachteile geringerer Fähigkeit zur Anpassung an die Besonderheiten der menschlichen Zwecke begleitet. Der Übergang von der ursprünglichen Rechtsquelle, vom Rechtsgefühle zur Rechtsgewohnheit und von dieser zum Rechtsgesetze beeinträchtigt die Realisierung gesellschaftlicher Interessen insofern, als die Berücksichtigung besonderer Umstände mittels Spezialisierung und Differenzierung der Rechtsregeln um so mehr gehemmt wird, je fester und sicherer ihre begriffliche Ausgestaltung ist. Allein die geschichtliche Entwicklung zeigt überall die Tendenz, den sozialen Nutzen größerer Sicherheit höher zu bewerten als den sozialen Nutzen, der aus einer mannigfaltigeren Akkommodation und Unterteilung der Rechtsregeln, wie sie das Rechtsgefühl gestattet, erwächst. Man kann es wohl als ein allgemeines rechtshistorisches Gesetz bezeichnen, daß Rechtsregeln, welche ursprünglich bloß auf Grund eines allgemeinen Rechtsgefühles aufgestellt werden, allmählich in gewohnheitsmäßiger Übung ihre Befestigung erfahren, sodann aber in abstrakten Formeln zum Inhalt gesetzlicher Vorschriften gemacht, zu gesetzlichem Rechte erhoben werden. So wird die Rechtsquelle des Rechtsgefühles zur Rechtsquelle der Gewohnheit und das gewohnheitsmäßige Recht wird seinerseits wieder durch gesetzliches Recht (vermöge des höheren Sicherheitsgrades von dessen Geltung) ersetzt, ganz ähnlich wie im Raume luftförmige Körper durch

flüssige und flüssige durch feste Körper verdrängt werden. Wenn die gesetzlichen Vorschriften eine Lücke offen lassen, d. h. wenn die sozialen Bedürfnisse dahin drängen, irgend eine Art von Lebensverhältnissen nach irgend einer Richtung hin zu Rechtsverhältnissen zu gestalten, ohne daß die Rechtsgesetze dieser Tendenz Rechnung tragen, so entsteht in der Regel — auch hier gilt bloß empirische Gesetzmäßigkeit — kein rechtsleerer Raum. Wie in der Natur dort, wo feste oder flüssige Körper fehlen, die Atmosphäre eindringt, so dringt positives Rechtsgefühl überall rechtsgestaltend ein, wo ein durch keine gesetzliche Vorschrift und durch kein Gewohnheitsrecht befriedigtes Bedürfnis nach rechtlicher Regelung obwaltet.

Von „Lücken im Rechte" kann daher in einem doppelten Sinne gesprochen werden. Beschränkt man in diesem Ausdrucke den Sinn des Wortes „Recht" auf gesetzliches Recht oder auf Gesetzes- und Gewohnheitsrecht, so werden dessen Lücken allerdings durch positives Rechtsgefühl oder Rechtsanalogie (§ 16, Z. 8) ausgefüllt. Die Ausfüllung geschieht mittels echter, wenn auch nur eines minderen Grades der Wahrscheinlichkeitsgeltung teilhaftiger Rechtsregeln. Eben hieraus aber ergibt sich, daß die Lücken des aus den Rechtsquellen des Gesetzes und der Gewohnheit resultierenden Rechtes keineswegs Lücken des positiven Rechtes überhaupt sind. Da es Voraussagen, somit Regeln eines rechtlich-sozialen Verhaltens gibt, die unmittelbar aus einem gleichmäßigen Bewußtsein oder Gefühle der Rechtsgenossen entspringen, so kann von wahren oder echten Lücken des „Rechtes" nur rücksichtlich solcher Lebensverhältnisse, die überhaupt keiner Rechtsregel, also auch keiner aus positivem Rechtsgefühle resultierenden Rechtsregel unterliegen, die aber nach der Meinung, nach einem idealen Rechtsgefühle, des Urteilenden, einer Rechtsregel unterliegen sollten, gesprochen werden.

2. Das Vorkommen echter Rechtslücken des dargelegten Sinnes muß zugegeben werden. Setzen wir das Gleichnis zwischen dem Festigkeitsgrade luftförmiger Körper mit dem Sicherheitsgrade des auf positivem Rechtsgefühle beruhenden Rechtes fort. Sowie luftförmige Körper nach Maßgabe ihrer Dichte einer unendlichen Abstufung in Bezug auf ihre Beständigkeit unterliegen, bis diese in der Erfahrung vom luftleeren Raume nicht mehr zu unterscheiden ist, so ist auch die Allgemeinheit des positiven Rechtsgefühles eine graduelle. Rücksichtlich mancher Lebenslagen besteht in jeder Rechtsgesellschaft eine so durchgreifende Gleichmäßigkeit der sozialen Motivationen, daß jeder einzelne sich der Übereinstimmung seines Rechtsgefühles mit demjenigen der anderen Rechtsgenossen mit nahezu untrüglicher Sicherheit bewußt ist. Von dieser höchsten Stufe absteigend mindert sich im Verhältnisse zur Differenzierung der geistigen Anlagen und der Lebensverhältnisse die Allgemeinheit der aus denselben resultierenden Motivationen des rechtlich-sozialen Verhaltens und damit auch die Sicherheit des Rechtsgefühles oft bis zu einer Grenze, welche für das reale Leben dem völligen Mangel desselben gleichkommt. Es ist sodann jede Möglichkeit entschwunden, die Lücken der anderen Rechtsquellen durch die Quelle des positiven Rechtsgefühles auszufüllen und es ergibt sich eine wahre Lücke des positiven Rechtes überhaupt. In Bezug auf die unter diese Lücke fallenden Lebensverhältnisse kann von einem positiven Rechtszustande nicht mehr gesprochen werden, es fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, wie sich die Rechtsgenossen verhalten, und demzufolge auch wie die staatlichen Gerichte und Behörden, die aus jenen Lebensverhältnissen erwachsenden Zweifel und Streitigkeiten im Prozeßwege lösen werden. Solche Situationen drohen insbesondere dann, wenn isolierte Interessen größerer Gesellschaftskreise, Stände, Parteien, Klassen einander gegenüberstehen und egoistische Triebe

auslösen, welche den auf die gesellschaftliche Wohlfahrt gerichteten Antrieben und der Bildung eines den letzteren entsprechenden Gemeinsinnes entgegenstehen. Beim Mangel aller positiven Rechtsquellen ist für jeden konkreten Fall eine ähnliche Lage gegeben, wie wenn der für ihn maßgebende Tatbestand ein durchaus unsicherer ist. Auch bei Feststellung des prozessualen Tatbestandes ist der Richter auf Erfahrungssätze angewiesen, welche nur Wahrscheinlichkeit, nicht Gewißheit ergeben, und auch diese Wahrscheinlichkeiten sind mannigfach abgestuft. So lange der Richter in der Lage ist, einen gewissen Grad von Wahrscheinlichkeit für die Annahme eines behaupteten Sachverhaltes zu gewinnen, wird sein Urteil auf dieser Annahme beruhen. Fehlt ihm jedoch nach Grundsätzen der Erfahrung eine derartige Wahrscheinlichkeit, halten sich die empirischen Anhaltspunkte für die Bejahung und für die Verneinung eines Ereignisses die Wage, so beruht sein Urteil nicht mehr auf einem Tatbestande, sondern auf dem Mangel eines Tatbestandes. Es wird und kann ihm — so lange er sich auf dem Boden positiven Rechtes bewegt — nicht beifallen, einen Tatbestand zu konstruieren, der nicht stattgefunden hat, welcher aber nach irgend einem idealen Gefühle hätte stattfinden sollen. Nicht anders kann er im Rahmen positiven Rechtes bei der rechtlichen Beurteilung vorgehen.[36] Es steht hier nicht zur Frage, ob der Richter eine Lücke des positiven Rechtes durch Anwendung moralischer Grundsätze in moralischem Sinne ausfüllen darf oder soll; vielmehr steht es außer Frage, daß er für sich allein Lücken des positiven Rechtes nicht ausfüllen kann, weil positives Recht seinem Wesen nach eine Regel des sozialen Lebens ist, die nur die Gesamtheit der Rechtsgenossen, nicht aber ein einzelner Richter zuwege bringt. Dies gilt auch dann, wenn der Richter — sei es infolge gesetzlicher Vorschrift, sei es aus eigenem Antriebe — nach seinem idealen oder — um die Terminologie

der Naturrechtsdoktrinen zu gebrauchen — nach seinem „natürlichen Rechtsgefühle“ entscheidet. Denn weder er noch das Gesetz kann aus einem individuellen idealen Gefühle positives Recht machen. Das Gesetz kann nur bestimmen, daß ein Urteil, auch wenn es nicht positives Recht verkündet, die gleichen Rechtsfolgen wie ein dem Inhalte nach positivrechtliches hat, somit in materielle Rechtskraft erwächst. Das Urteil hat sodann, wie bereits in § 16 Z. 3 ausgeführt wurde, einen rechtsgeschäftlichen Charakter, wie ja auch Teilungsurteile der Rechtskraft teilhaftig sind, obwohl sie kein bestehendes Rechtsverhältnis feststellen, sondern neue Rechtsverhältnisse zur Folge haben. Wenn eine weder durch Rechtsgesetz noch durch Rechtsgewohnheit klar geregelte Rechtsfrage in zwei oder mehreren Prozeßurteilen, je nach dem Rechtsgefühle des erkennenden Richters, in verschiedener Weise erledigt wird, so kann nur eines dieser Urteile seinem Inhalte nach rechtmäßig sein; dasjenige nämlich, welches der allgemeinen Rechtsauffassung gemäß ist, von dessen Rechtssätzen wir eine regelmäßige Geltung prädizieren können. Niemand wird daraus, daß auch das andere Urteil in materielle Rechtskraft erwächst, folgern, daß die in beiden Urteilen enthaltenen, einander widersprechenden Rechtssätze gleichzeitig positivrechtliche seien. Setzen wir nun den Fall, daß sich ein positives Rechtsgefühl rücksichtlich der in beiden Urteilen verschieden beantworteten Rechtsfrage noch nicht gebildet hat, so können wir folgerecht weder der einen noch der anderen Entscheidung, trotzdem jede derselben einem individuellen „natürlichen“ Rechtsgefühle des betreffenden Richters entsprungen sein mag, das Prädikat einer dem Inhalte nach positivrechtlichen zuerkennen. Wir müssen einsehen, daß rücksichtlich ihres Inhaltes nach wie vor keine Voraussage eines rechtlich-sozialen Verhaltens Platz greift, daß vielmehr alle einschlägigen richterlichen Erkenntnisse auch weiterhin der sozialen Regelmäßigkeit entbehren, einen in Bezug auf das ge-

sellschaftliche Leben zufälligen Inhalt haben werden. Durch aus natürlichem Rechtsgefühle des jeweiligen Richters hervorgehende Entscheidungen werden somit, ungeachtet dessen, daß sie in Rechtskraft erwachsen, keine Lücken des positiven Gesetzes- oder Gewohnheitsrechtes ausgefüllt. Solche Ausfüllung kann nur durch positives Rechtsgefühl erfolgen.

3. Aus den vorstehend ausgeführten Gründen scheint uns das in der neuern, die Rechtslücken behandelnden Literatur mehrfach aufgestellte Prinzip, daß der Richter jene Rechtsfälle, die unter keinen in den bestehenden gesetzlichen Vorschriften enthaltenen Rechtssatz subsumiert werden können, auf Grund von „Werturteilen" entscheiden „solle", der erforderlichen Klarheit zu entbehren.[31]) Welches ist der Verpflichtungsgrund dieses „Sollens"? Da nicht anzunehmen ist, daß eine bloß moralische Verpflichtung gemeint ist, so müßte dafür eine Rechtsquelle bestehen und bezeichnet werden. Es mangelt ferner zumeist auch eine klare Bestimmung rücksichtlich des Bewertungsgrundes und Wertmaßstabes für die postulierten Werturteile. Daß der Grund und Maßstab der „Bewertung" im positiven Rechte nicht in isolierten Interessen der Streitteile oder des Richters zu finden sind, daß der Richter den Streit, auch wo ein Privatinteresse dessen Gegenstand bildet, nur unter dem Gesichtspunkte der sich daran knüpfenden sozialen Interessen positivrechtlich entscheiden kann, geht schon aus seiner Stellung als staatliches Organ hervor. Bewertungsgrund und Maßstab kann daher nur sein: entweder das dem Richter persönlich innewohnende Bewußtsein oder Gefühl für das der öffentlichen Wohlfahrt Dienliche, d. i. ein ideales Rechtsgefühl; oder aber sein Bewußtsein oder Gefühl von demjenigen, was den Inhalt der von den Rechtsgenossen der Regel nach erfolgten sozialen Interessen bildet, d. i. sein positives Rechtsgefühl. Das Werturteil wird im ersteren Falle lauten: „Die Entscheidung X entspricht meinem subjektiven Gefühle vom

sozialen Interesse"; im zweiten Falle: „Die Entscheidung X entspricht dem alle Rechtsgenossen der Regel nach erfüllenden Gefühle vom sozialen Interesse." Die Frage, welche dieser beiden Kategorien von Werturteilen, beziehungsweise Entscheidungen im allgemeinen mehr geeignet ist, dem sozialen Interesse in Wahrheit zu dienen, ist gewiß ein des Meinungsstreites sehr würdiger Gegenstand. Allein sie ist kein Gegenstand einer Lehre vom positiven Rechte und sie konnte daher in unsere Erörterungen über das Wesen des positiven Rechtes und seiner Quellen nicht einbezogen werden. Diese mußten sich mit dem Ergebnis begnügen, daß eine auf einem Bewußtsein oder Gefühle vom sozial Wertvollen beruhende Erscheinung nur dann des Prädikates einer, ihrem Inhalte nach, positivrechtlichen teilhaftig ist, wenn sie nicht eine isolierte Erscheinung, sondern den Typus einer unbestimmten Anzahl gleichartiger Entscheidungen bildet; was voraussetzt, daß das Werturteil oder, wie wir es nannten, Rechtsgefühl in gleicher Weise wie den im gegebenen Falle fungierenden Richter, der Regel nach auch alle anderen Rechtsgenossen und Richter, denen gleichartige Lebensverhältnisse vorliegen möchten, bestimmen werden. Solche einer allgemeinen Rechtsüberzeugung entsprechende Entscheidungen besitzen jene Vorzüge, welche dem positiven Rechte als Ordnung überhaupt, unangesehen seines Inhaltes an mehr oder weniger guten oder schlechten Rechtssätzen, zukommen. Daß der Richter in solchem Sinne zu entscheiden verpflichtet ist, ergibt sich aus der normativen Funktion des positiven Rechtes. Damit ist aber — wie schon in § 11 ausgeführt wurde, keineswegs gesagt, daß der Richter unter allen Umständen gemäß dieser positiven Rechtspflicht entscheiden „soll", weil, wie überall, so auch hier ethische Pflichtenkollisionen möglich sind. Ja im Hinblick auf das geringere Maß an Sicherheit, welche das bloß auf Rechtsgefühl beruhende positive Recht besitzt, obwaltet hier, mehr als überall sonst, die Möglichkeit,

daß ein gutes richterliches Gewissen bei einer Kollision zwischen der Pflicht, einem von ihm als schlecht erkannten positiven Rechtsgefühle, und der Pflicht, einem idealen Rechtsgefühle Folge zu leisten, der letzteren den Vorzug geben wird. Freilich würde ihm die Lösung solcher Kollisionen wesentlich erleichtert, wenn das positive Recht selbst ihn anweisen würde, in jenen Fällen, wo die Rechtsgesetze oder wo sowohl Rechtsgesetze als Rechtsgewohnheiten Lücken aufweisen, nur auf die Stimme seines eigenen individuellen Gefühls für die soziale Wohlfahrt zu hören und etwaige diesem widersprechende, wenn auch allgemeine herrschende Rechtsgefühle anderer unbeachtet zu lassen. Auch unter dieser Voraussetzung aber könnte die so gefällte richterliche Entscheidung ihrem Inhalte nach nicht als eine positivrechtliche bezeichnet werden.

In sehr feiner Weise haben mehrere Schriftsteller für die Rechtsanwendung den Titel und Charakter einer Kunst in Anspruch genommen.[32]) Da alle Kunst bewußte Gefühlsbetätigung ist, so fragt es sich, welches Gefühl bei der Kunst der Rechtsanwendung betätigt wird und mit welchem Stoffe die Rechtskunst sich befaßt. Hierüber ist mit ihrer Charakterisierung als Kunst noch nichts gesagt. Zweifelsohne besteht der Stoff in Gedankenurteilen rechtlich-sozialen Inhaltes. Die Frage ist aber auch hier wieder, ob es sich um Urteile handelt, die vom Rechtskünstler mittels eines allgemein menschlichen Gefühles oder mittels eines ihm als Mitglied einer bestimmten Rechtsgesellschaft, ebenso wie allen anderen Mitgliedern, innewohnenden Gefühls für das in Frage kommende soziale Interesse hervorzubringen und zu gestalten sind. Wir erachten, daß nur die letztgedachte Art von Urteilen rechtlich-sozialen Verhaltens auf einer künstlerischen Behandlung des positiven Rechtes beruht, weil nur sie positives Recht ins Bewußtsein bringt oder reproduziert. Das ihr zu Grunde liegende

Gefühl haben wir als positives Rechtsgefühl bezeichnen zu dürfen geglaubt.

4. Daraus, daß positives Rechtsgefühl von den jeweiligen sozialen Bedürfnissen und von deren regelmäßiger Erkenntnis bestimmt ist, ergibt sich, daß es von jeder Änderung dieser Bedingungen mitbetroffen wird. Und da, den vorangehenden Darlegungen gemäß, alles positive Recht im letzten Grunde auf dem positiven Rechtsgefühle beruht, so steht es dem gesellschaftlichen Leben nicht unveränderlich gegenüber, sondern ist in und mit demselben in stetiger Wandlung begriffen. So wie die Regeln des isolierten Lebens der Menschen, parallel mit den fortschreitenden Veränderungen ihrer Anlagen und Bedürfnisse und der Mittel zu deren Befriedigung, unaufhörlichen Modifikationen unterliegen, so verändern sich im geschichtlichen Zeitverlaufe ohne Unterlaß auch die sozialen Bedürfnisse und die äußeren Mittel zu deren Befriedigung, daher auch die Motive des rechtlich-sozialen Verhaltens und mit diesen die positiven Rechtsregeln. Auch in dieser Richtung teilt das positive Recht das Schicksal aller Erfahrungsobjekte und aller empirischen Regeln derselben. Daß die Dinge, als Gattungswesen betrachtet, ebenso auch die sie betreffenden Vorgänge und Verhältnisse, trotz ihrer Wandelbarkeit und stetigen Wandlung als Einheiten in der generellen Entwicklung erscheinen und unter allgemeine Gattungsbegriffe und Regeln subsumiert werden, hat darin seinen Grund, daß die Änderungen in allmählichen und konstanten, nicht plötzlich das Ganze, sondern nur elementare Bestandteile ergreifenden Übergängen stattfinden. Dasselbe gilt auch von den Rechtsregeln; nur daß deren Einheitsprinzip nicht in räumlichen und kausalen Zusammenhängen, sondern in den positiven Rechtszwecken liegt. Das positive Recht ist notwendigerweise in unaufhörlicher, keinen Augenblick aussetzender Entwicklung begriffen.[33])

Betrachten wir beispielsweise die Ehe als positivrechtliche Institution. Sie ist ein Rechtsverhältnis nur insofern, als Rechtsregeln gelten, welche für die Eheleute und für die übrigen Rechtsgenossen rechtliche Machten und Machtbeschränktheiten begründen. In Ermanglung solcher würde die Ehe keinen Bestandteil des rechtsgesellschaftlichen Lebens bilden, vielmehr ein für das letztere zufälliges Lebensverhältnis, wie etwa das Freundschaftsverhältnis, darstellen. Insofern aber die Ehe ein Rechtsverhältnis ist, wird sie von jeder, wenn auch noch so geringen Änderung der ihre Befugnisse und Verbindlichkeiten begründenden Rechtsregeln ergriffen. Trotz dieser Veränderungen bleibt die Ehe als Rechtsinstitution ein identischer Begriff, weil die Veränderung nur einzelne Modalitäten, nicht das Wesentliche des Rechtszweckes betreffen. Aber die Veränderungen gehen, wie die Geschichte lehrt, unablässig vor sich. Es bedarf hiezu keiner Abrogationen und Derogationen der gesetzlichen Vorschriften. Jede neue Usualinterpretation derselben enthält eine, wenn auch nur in einzelnen Elementen vor sich gehende und von Tag zu Tag nicht bemerkbare generelle Fortbildung der einschlägigen Rechtsregeln und der durch dieselben begründeten Rechtsverhältnisse. So bietet uns die realistische Anschauung die rationelle Erklärung der in großen Zeitabschnitten überall zutage tretenden Entwicklung des Rechtslebens, ein historischer Prozeß, der ja auch von Vertretern der Normentheorien öfters eingesehen, bei folgerichtiger Anwendung ihrer Grundsätze aber nicht vollständig verstanden werden kann. Aus irgend welchen, von einer höheren Willenspotenz an die einzelnen Willenssubjekte ergehenden Imperativen können die durch keine Imperative angeordneten Wandlungen des tatsächlich geltenden Rechtes nicht erklärt werden. Die Normentheorien haben für den Entwicklungsgedanken keinen Raum, weil sie die Normen als in sich abgeschlossene, ein für allemal erfolgte, somit ihrem

Begriffe nach unveränderliche Emanationen eines gesetzgeberischen Denkens und Wollens hinstellen. Wenn sie ihren Axiomen treu bleiben wollen, so müssen sie den (gesetzlicher Sanktionen entbehrenden) Wandlungen des positiven Rechtes gegenüber zur Fiktion greifen, daß die von ihnen vorausgesetzte höhere Willenspotenz, die hypostasierte Staatspersönlichkeit, die Nichtbeachtung ihrer Gebote und Verbote, also unrechtmäßiges Verhalten, wenn es nur mit Konsequenz und Beharrlichkeit fortgesetzt wird, ratifiziere. Begreift man hingegen mit uns das rechtlich-soziale Leben als Erfahrungsobjekt und seine Regeln als tatsächlich geltende, so hat die Wandlung dieser Regeln eine ganz ähnliche Bedeutung, wie die Wandlung der die Naturerscheinungen beherrschenden empirischen Regeln. Dieselbe logische Methode, derzufolge wir eine einheitliche Ordnung der für die einzelnen Lebewesen und Lebensverhältnisse in der Natur geltenden Regeln, ungeachtet des Prinzips stetiger Entwicklung derselben, anerkennen, wenden wir an, wenn wir Regeln des rechtlich-sozialen Verhaltens und auf deren Grundlage Rechtsverhältnisse aufstellen, trotzdem wir uns ihrer konstanten Entwicklung ebensowenig verschließen dürfen, als die Erkenntnis der Natur derjenigen ihrer Objekte.

5. Der Weg konstanter Rechtsentwicklung ist der normale, dem Wesen alles Irdischen und Erfahrungsmäßigen, somit auch des rechtsgesellschaftlichen Zusammenlebens angemessene. Er findet auch bei neuen Kodifizierungen, die ein weites Gebiet des Rechtslebens betreffen, wie bei der Einführung eines neuen bürgerlichen Gesetzbuches oder bei einer aus dem seitherigen Staatsrechte sich entwickelnden Verfassungsänderung, statt. Daneben ist jedoch eine Außerkraftsetzung bestehender und eine Schaffung neuer Rechtsregeln an deren Stelle auch in abrupter Weise möglich. Das bestehende Recht verliert seine Geltung und ein neues Recht tritt in Geltung, ohne daß zwischen beiden Ordnungen ein innerer Zusammenhang, eine konstante Fort-

bildung bestünde. Hauptfälle solcher abrupter Neubildung von Rechtszuständen sind die Eroberung eines Landes und die politische Revolution, bei welchen Ereignissen Gewalthaber auftreten, die zunächst nicht mit rechtlich-sozialer Macht, sondern bloß mit natürlicher Macht ausgestattet sind und durch Mittel natürlicher Macht Gehorsam für ihre Anordnungen erzwingen.

An und für sich ist jede Eroberung und jede Revolution Störung des geltenden positiven Rechtes. Daß diese positivrechtliche Beurteilung mit der ethischen Burteilung nicht identifiziert werden kann, folgt aus dem in § 11 über die Bedingtheit aller positiven Rechtspflichten Gesagten, liegt jedoch außerhalb der Theorie des positiven Rechtes. Zu dieser Theorie gehört jedoch die Feststellung, daß die Anordnungen eines durch die natürlichen Mächte der Revolution oder Eroberung zu natürlicher Macht über die Rechtsgenossen gelangten Gewalthabers, sobald als sie regelmäßigen Gehorsam finden, somit ein regelmäßiges soziales Verhalten zur Folge haben, eine Quelle positiven Rechtes bilden. Es mag ein Zwischenstadium der Unordnung, des partiellen Mangels an positivem Rechte Platz greifen. Derartige Übergangszustände sind in ähnlicher Weise auf allen anderen Gebieten des Lebens und der Erfahrung vorhanden und dürfen uns in unserem Handeln und in unserem Urteilen nicht beirren. Niemals, dafür sorgt das soziale Bedürfnis und das von demselben hervorgerufene Rechtsgefühl, wird dieses Stadium geraume Zeit andauern. Die aufgerührten sozialen Kräfte gelangen zu neuem Gleichgewichte, zu neuer sozialer Ordnung der Machtverhältnisse, zu neuem positiven Rechte. Durch die normative Funktion der Rechtsregeln, für sich allein betrachtet, findet die Änderung positiven Rechtes auf dem Wege der Revolution keine Erklärung. Die Aufhebung von Normen als solchen kann nur von einer normativ wirkenden Quelle ausgehen. Würde die normative Funktion nicht auf der tatsächlichen Funktion der Rechtsregeln,

sondern auf dem Willen eines persönlichen Willensträgers beruhen, so müßte die Pflicht des Gehorsams gegenüber der Norm so lange dauern, bis die Norm widerrufen wird. Einen Pflichten begründenden Befehl zu widerrufen ist aber offenbar nur der Autor des Befehles oder eine diesem übergeordnete Autorität im stande. Unsere Auffassung hingegen, welche das positive Recht primär in der tatsächlichen Regelmäßigkeit des sozialen Verhaltens erblickt, wird die Befehle der auf dem Wege der Revolution zur Herrschaft gelangten Persönlichkeiten von dem Zeitpunkte an als Quellen positiven Rechtes anerkennen, in welchem diese Befehle regelmäßigen Gehorsam gefunden haben und voraussichtlich finden werden; und sie wird diesem neuen positiven Rechte (in seiner sekundären Funktion als Norm) keine geringere positivrechtliche verpflichtende Kraft beimessen, als dem früheren, in die Vergangenheit versunkenen Rechte zugestanden war. Denn das neue Recht ist, als neue Ordnung der sozialen Machtverhältnisse, genau in derselben Weise Bedingung eines rechtsgesellschaftlichen Zusammenlebens, wie es das frühere Recht gewesen war. Den Zeitpunkt begrifflich genau zu fixieren, in welchem die neue Rechtsordnung gegeben ist, ist freilich nicht möglich. Nur positives Rechtsgefühl ermöglicht jedem Einzelnen ein Wahrscheinlichkeitsurteil darüber, ob das soziale Leben sich auf dem in Frage kommenden Lebensgebiete noch im Übergangsstadium rechtlicher Unordnung oder bereits in einer neuen Periode positiven Rechtes befindet, d. h. ob der Gehorsam gegenüber den Anordnungen des neuen Gewalthabers bereits zu einer regelmäßigen Erscheinung des gesellschaftlichen Lebens geworden ist oder nur von Fall zu Fall von einer natürlichen Übermacht des Gewalthabers erzwungen wird.

V. Kapitel.

Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse.

§ 18. Tatbestände als Bedingungen der Rechtsregeln.

1. Da die Rechtsverhältnisse nicht eine Tatsächlichkeit wirklicher Dinge oder Eigenschaften oder Vorgänge, sondern die Tatsächlichkeit sozialer Machtverhältnisse darstellen, so kann von ihrer Existenz nicht in dem Sinne gesprochen werden, wie wir die im natürlichen Kausalzusammenhange stehenden Erscheinungen als existierend bezeichnen. Einen Bestandteil der Natur im Sinne wirklich gegebener Erscheinungen bilden bloß jene Handlungen, mittels deren die Befugnisse und Verbindlichkeiten ausgeübt werden, nicht aber die Befugnisse und Verbindlichkeiten selbst. Demzufolge ist auch die Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse und der in demselben liegenden Befugnisse und Verbindlichkeiten nicht etwa, wie jene der Naturdinge, ein dem Kausalitätsgesetze unterliegender Vorgang. Sie ist vielmehr folgendermaßen zu verstehen.

Jede Regel eines menschlichen Verhaltens enthält neben der Vorstellung des letzteren zugleich die Voraussetzungen, unter welchen sie stattfindet. Werden nun diese Voraussetzungen für sich selbst — abgesehen vom Inhalte des Verhaltens — betrachtet, so gewinnen wir durch diese Abstraktion selbständige Gedankenurteile über die Entstehung und Endi-

gung der Rechtsverhältnisse, welche von den das Wesen der Rechtsverhältnisse als soziale Machtverhältnisse betreffenden Gedankenurteilen unterschieden werden. Auch in der Naturbetrachtung können wir die das Wesen der Erscheinungen, z. B. der Wärme oder Elektrizität betreffenden Urteile loslösen von den Aussagen über die Bedingungen ihrer Geltung. Weder bezüglich der Naturerscheinungen noch bezüglich der Rechtsverhältnisse ändern aber diese Abstraktionen des menschlichen Denkens etwas an dem notwendigen inneren Zusammenhange der zwei Aussagen, an ihrer Vereinigung zum hypothetischen Urteile. Die das Wesen der Rechtsverhältnisse begründenden Regeln des rechtlich-sozialen Verhaltens sind — ebenso wie übrigens auch die in der außersozialen Natur vorhandenen Regeln — in sich selbst von ihren Voraussetzungen bedingte oder hypothetische und können ohne die Voraussetzungen ihrer Geltung nicht aufgestellt werden. Der Satz: „Ein Rechtsverhältnis entsteht", hat daher keinen anderen Sinn als: „Die Voraussetzungen der Geltung jener Rechtsregeln, durch welche ein Rechtsverhältnis begründet wird, sind gegeben." Und der Satz: „Ein Rechtsverhältnis ist verändert oder erlischt", hat keinen anderen Sinn als: „Die Voraussetzungen der Geltung jener Rechtsregeln, durch welche ein Rechtsverhältnis begründet wird, sind teilweise oder ganz weggefallen." Wenn man Tradition, Okkupation, Zuwachs usw. als Entstehungsgründe des Eigentumsrechtes, oder Vertrag, Beschädigung usw. als Entstehungsgründe eines Forderungsrechtes, oder Verbrechen als Entstehungsgrund der Strafbarkeit bezeichnet, so bedeuten diese Sätze nichts anderes, als daß das Eintreten der genannten Tatbestände die inneren Geltungsbedingungen jener Regeln eines rechtlich-sozialen Verhaltens auslöst, durch welche die den Inhalt des Eigentums, des Forderungsrechtes, der Strafbarkeit bildenden Befugnisse und Verbindlichkeiten begründet sind. Diese Begründung ist aber keine

Verursachung, weil Verursachung nur bei konkreten wirklichen Naturdingen und Vorgängen stattfindet, während Rechtsverhältnisse bloße Beziehungen oder Synthesen sind, die der menschliche Geist auf Grund einer Regelmäßigkeit oder Potenz des rechtlich-sozialen Verhaltens (nicht auf Grund eines aktuellen wirklichen Verhaltens) herzustellen bemüßigt ist. Rechtsverhältnisse werden daher überhaupt nicht — im naturgesetzlichen Sinne des Wortes — „verursacht". Sie resultieren als bloße Beziehungen aus den Regeln oder Voraussagen eines rechtlich-sozialen Verhaltens, während die ihre Entstehung veranlassenden Tatbestände nur die Bedingungen sind, unter welchen die Regeln stattfinden. Ähnliche Zusammenhänge greifen auch im isolierten menschlichen Leben rücksichtlich der diesem angehörenden Verhältnisse Platz. Wir können es z. B. als eine Lebensregel (freilich nicht von erstklassiger Sicherheit der Geltung) aufstellen, daß, aus echtem Wohlwollen entsprungene Wohltaten, die ein Mensch dem anderen erweist, ein freundschaftliches Verhältnis, oder daß zugefügte Übeltaten ein Verhältnis der Feindseligkeit zur Folge haben. Sehen wir näher zu, so dürfen wir nicht die natürlichen Vorgänge, welche bei der Wohltat oder Übeltat stattgefunden haben, als „Ursachen" der so entstandenen Lebensverhältnisse hinstellen. Diese Lebensverhältnisse haben als solche überhaupt keine Stelle im Kausalzusammenhange, sie werden daher nicht durch natürliche Vorgänge hervorgebracht, sondern beruhen auf Voraussagen, welche wir rücksichtlich eines wahrscheinlichen Verhaltens der beteiligten Personen auf Grund der menschlichen Erfahrung aufstellen. Gleiches gilt von den Rechtsverhältnissen als rechtlich-sozialen Lebensverhältnissen; jedoch mit dem Unterschiede, daß sie nicht auf der Voraussage eines Verhaltens der Subjekte des betreffenden Rechtsverhältnisses, sondern auf der Voraussage eines regelmäßigen sozialen Verhalten der Rechtsgenossen beruhen. Durch den metaphori-

schen Sprachgebrauch, welcher die Tatbestände als Entstehungs- oder Endigungsursachen der Rechtsverhältnisse bezeichnet, darf sich daher die wissenschaftliche Auffassung nicht beirren lassen; sie muß sich davor hüten, auf den Zusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsverhältnis die Kategorie der Kausalität anzuwenden, weil sie dadurch unfehlbar zu Schlußfolgerungen gelangt, die dem realen Rechtsleben nicht adäquat sind.

2. Die bedingenden Tatbestände, an welche die Entstehung, Änderung oder Endigung von Rechtsverhältnissen geknüpft ist, sind entweder bloße Naturbegebenheiten oder menschliche Willensakte. Unter den Willensakten bilden jene, welchen die Absicht, die Entstehung, Endigung oder Änderung eines Rechtsverhältnisses herbeizuführen, essentiell ist, die besondere Gruppe der „Rechtsgeschäfte". Die Rechtsgeschäfte sind wohl zu unterscheiden von denjenigen Tatbeständen, die in einem durch Willensakte verursachten Naturereignis bestehen; dies auch dann, wenn das Willenssubjekt sich dessen bewußt war, daß die von ihm verursachte Naturerscheinung von der Rechtsfolge begleitet sein werde. Wenn mittels eines — sei es rechtmäßigen, sei es unrechtmäßigen — Willensaktes eines Dritten eine mir bisher nicht gehörige Sache zu einem Bestandteile oder zu einem Zugehöre meiner Sache und hiedurch von mir erworben wird, so bildet nicht die Handlung, welche die Vereinigung bewerkstelligte, sondern die Vereinigung selbst, als natürlicher Vorgang, die Bedingung der Entstehung meines und der Endigung des bisherigen Eigentumsverhältnisses. Der Erfolg tritt ein, gleichviel, ob die Vereinigung der beiden Sachen infolge eines menschlichen Wollens stattfand und ob der Erfolg beabsichtigt war oder nicht. Im Rechtsgeschäfte dagegen ist die Betätigung eines menschlichen Wollens und dessen auf eine Rechtsfolge gerichtete Absicht ein wesentliches Moment des Tatbestandes. Weitere Merkmale desselben Tatbestandes können natürliche Eigenschaften

des Handelnden, ferner Lebensverhältnisse oder Rechtsverhältnisse, in welchen er sich zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes befindet, abgeben. Wie immer der Tatbestand beschaffen sein möge, ob er in einem Ereignisse der willenlosen Natur oder in einem Willensakte und speziell in einem Rechtsgeschäfte bestehe, ob in letzterem Falle eine besondere Qualifikation des Handelnden oder ein Rechtsverhältnis, an welchem er bisher beteiligt ist, erforderlich sei oder nicht: immer ist daran festzuhalten, daß die Rechtsfolge nicht unmittelbar aus dem Tatbestande, sondern aus der durch den Tatbestand bedingten Geltung des Gesamtwillens hervorgeht. Die Funktion der Rechtsgeschäfte ist in dieser Richtung ganz gleichartig mit der Funktion jener Naturereignisse, an welche in anderen Fällen das Existentwerden eines Rechtsverhältnisses geknüpft ist. Eigentum wird in ganz gleicher Weise durch Zuwachs oder Spezifikation, wie durch Okkupation oder Tradition erworben; eine Zahlungsverpflichtung entsteht in ganz gleicher Weise durch verschuldete, vielfach auch durch unverschuldete Beschädigungen, wie durch Verträge und Versprechungen; väterliche Gewalt wird durch eheliche Geburt oder durch Adoption herbeigeführt. An und für sich ist jeder Tatbestand als solcher ein außersoziales oder natürliches Vorkommnis. Dies gilt auch von Willenserklärungen jeder Art. Das Prädikat „Rechtsgeschäft“ kommt ihnen bloß vermöge der tatsächlichen Geltung jener Rechtsregeln zu, in welchen ihr Begriff als Geltungsbedingung enthalten ist. Deshalb ist es so verkehrt, das positive Recht aus Verträgen deduzieren zu wollen. Verträge sind im positiven Rechte Veranlassungen eines nicht bloß von den Vertragsteilen, sondern von allen Mitgliedern einer Rechtsgesellschaft beobachteten Verhaltens, eine Funktion, die sie nur vermöge einer allgemeinen Regel sozialen Verhaltens besitzen und besitzen können. So geläufig diese Auffassung heutzutage jedem gebildeten Juristen ist, so

bringt doch der rechtswissenschaftliche und gesetzliche Sprachgebrauch das Rechtsgeschäft und insbesondere den Vertrag oft in unmittelbare Relation zu dem mittels seiner hervorgerufenen Rechtsverhältnisse. Solche der Abkürzung dienende Ausdrucksweise unterliegt an und für sich keinem Bedenken. Sie gibt jedoch zu argen Fehlern Anlaß, wenn man sich ihrer zu logischen Schlußfolgerungen bedient. Die Gefahr von Denkfehlern ist dann um so größer, weil sie häufig mit einer Vermengung der positivrechtlichen mit der moralischen Beurteilung, der positiven Rechtspflicht mit der moralischen Pflicht (§ 9, Z. 3) zusammenhängt. Gewiß übt die moralische Heiligkeit, zwar nicht aller, so doch der meisten vertragsmäßigen Zusagen, den mächtigsten Einfluß auf die Quellen des positiven Rechtes. Gerade aber wegen dieses historisch genetischen Zusammenhanges muß die Wissenschaft des positiven Rechtes darauf bedacht sein, die Bedeutung der Verträge als tatsächlicher Bedingungen positiver Rechtsregeln von ihrer moralischen Bedeutung zu trennen.

3. Die Rechtsregeln oder, genauer gesagt, jene besonderen Bestandteile der Rechtsregeln, welche, in dem vorstehend dargelegten Sinne die Entstehung, Änderung oder Erlöschung der Rechtsverhältnisse bestimmen, sind ebenso tatsächlicher Natur wie der das Wesen der Rechtsverhältnisse betreffende Inhalt der Rechtsregeln. Auch jene drücken ein potentielles tatsächliches Geschehen aus, nach der allgemeinen Formel: Wenn T (Tatbestand) stattfindet, so entsteht oder erlischt oder verändert sich R (Rechtsverhältnis). Sie inhärieren dem rechtsgesellschaftlichen Leben in der Art, daß sie nach erfahrungsmäßiger Wahrscheinlichkeit die Bedingungen der Machtverhältnisse, aus denen sich das Rechtsleben zusammensetzt, darstellen. Dagegen kann bei ihnen von Befugnissen und Verbindlichkeiten, somit auch von einer normativen Funktion oder von Rechtspflichten, nicht gesprochen werden. Daß

bei Eintritt eines Tatbestandes eine gewisse Art des rechtlich-sozialen Verhaltens und auf Grund des letzteren ein gewisses Rechtsverhältnis entsteht, ist von den Personen oder Dingen, an oder in denen sich der Tatbestand vollzieht, und, wenn Personen seine Träger oder Schöpfer sind, von dem Wollen dieser Personen unabhängig. Dies ist vollkommen evident rücksichtlich jener Tatbestände, welche in Vorgängen der willenlosen Natur bestehen. Die Tatbestände der Rechtsregeln, welche besagen, daß Eigentum durch Spezifikation oder Zuwachs entsteht, beziehungsweise untergeht, daß die Militärpflicht mit dem Eintritte des 20. Lebensjahres beginnt, daß der Tod eines Menschen ein gesetzliches Erbrecht seiner Kinder zur Folge hat, oder daß in gewissen Beschädigungsfällen Personen, denen nicht das geringste Verschulden beigemessen werden kann, ersatzpflichtig werden, wird niemand als Inhalt eines subjektiven Rechtes, erklären. Der tatsächliche Zusammenhang zwischen einem Naturvorgange und der Entstehung oder Endigung eines Rechtsverhältnisses kann gar nicht als Befugnis oder Verbindlichkeit vorgestellt werden. Um so häufiger zeigen sich derartige mißverständliche Auffassungen rücksichtlich jener Rechtsregeln, welche die Entstehung oder Endigung eines Rechtsverhältnisses an einen menschlichen Willensakt, insbesondere an ein Rechtsgeschäft, knüpfen. Und doch kann eine genauere Betrachtung auch hier nicht verkennen, daß das Entstehen oder Erlöschen eines Rechtsverhältnisses an und für sich von dem vorausgehenden Bestande eines anderen Rechtsverhältnisses ganz und gar unabhängig ist und ausschließlich durch die Bedingungen des dem entstehenden oder erlöschenden Rechtsverhältnisse zu Grunde liegenden sozialen Verhaltens bestimmt ist; daß der Unterschied des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes von den sonstigen Tatbeständen somit nur darin liegt, daß im Rechtsgeschäfte die Willenserklärung ein wesentliches Tatbestandsmerkmal bildet. Abgesehen von dem regel-

mäßigen, rechtlich-sozialen Verhalten, dessen immanente Bedingung sie bildet, ist die Willenserklärung auch im Rechtsgeschäfte bloß ein natürlicher Vorgang. Die sich zufolge der Rechtsregeln ihm anreihende Rechtsfolge aber ist, wie ausgeführt wurde, kein natürlicher Vorgang, überhaupt keine Naturerscheinung, darf daher in der wissenschaftlichen Betrachtung auch nicht als eine von der rechtsgeschäftlichen Handlung verursachte Wirkung angesehen werden. Weil aber die Vornahme des Rechtsgeschäftes und demzufolge auch die sich daran knüpfende Rechtsfolge vom Willen seines Autors abhängt, so können wir von einer rechtsgeschäftlichen Macht sprechen, welche demjenigen zusteht, dessen Wollen zufolge der für die Entstehung, Änderung und Erlöschung eines Rechtsverhältnisses geltenden Regeln eine Bedingung derselben bildet.[34])

§ 19. Das Wesen der rechtsgeschäftlichen Macht.

1. Wir haben in der „Befugnis" oder in dem „Dürfen" des positiven Rechtslebens das Verhältnis einer rechtlichen Macht erkannt, resultierend aus einer potentiellen sozialen Unterstützung, deren die Willensenergie des Berechtigten behufs Realisierung eines Wohlfahrtsinteresses teilhaftig ist. Für das durch diesen potentiellen Beistand begründete Verhältnis des Willenssubjektes steht uns kein besserer Ausdruck als derjenige der „rechtlichen Macht" zur Verfügung und wir können uns von dessen Verwendung in diesem Sinne dadurch nicht abhalten lassen, daß der dermalige juristische Sprachgebrauch sich seiner zur Bezeichnung einer anderen Art von Macht, für die wir den Ausdruck „rechtsgeschäftliche Macht" wählen, bedient. Wie immer man sich indessen die Nomenklatur zurecht lege, so viel ist sicher, daß die Machten, welche aus den Regeln der Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse resultieren, wesentlich verschieden sind

von jenen Machten, welche durch die das Wesen der Rechtsverhältnisse betreffenden Rechtsregeln begründet werden. Es steht auch von unserem Standpunkte nichts im Wege, jene erste Art von Macht als „posse“, „Können“, die zweite Art von Macht als „licere“, „Dürfen“, zu bezeichnen, wenn wir nur daran festhalten, daß auch das „Dürfen“ im positiven Rechte eine reale rechtliche Macht ist. Nur um diesen Charakter des Dürfens nicht aus dem Auge zu verlieren, scheint es sich zu empfehlen, die vageren Ausdrücke des „Dürfens“ und „Könnens“ durch die, präzisere Vorstellungen mit sich führenden, Ausdrücke: „rechtliche Macht“ und „rechtsgeschäftliche Macht“ zu ersetzen.

Das rechtsgeschäftliche Können zerfällt in zwei Kategorien. Die erste ist jene, welche jedem Rechtsgenossen oder bestimmten Gattungen von Rechtsgenossen als solchen zukommt; die zweite Kategorie ist jene, bei der das rechtsgeschäftliche Können dem Rechtsgenossen nicht als solchem, sondern nur vermöge eines besonderen Rechtsverhältnisses, in dem er sich befindet, zukommt. Die jedem Rechtsgenossen oder besonderen Gattungen von Rechtsgenossen persönlich zustehende rechtsgeschäftliche Macht heißt ihre rechtliche Handlungsfähigkeit. Neben dieser allgemeinen rechtsgeschäftlichen Macht gibt es ein besonderes rechtsgeschäftliches Können, das einzelnen Rechtsgenossen kraft eines besonderen Rechtsverhältnisses anhaftet. So hat der Sacheigentümer kraft seines Eigentums die Macht, neue Rechtsverhältnisse an dem Eigentumsrechte herbeizuführen, der Handlungsgesellschafter kann nicht bloß (wie jeder handlungsfähige Rechtsgenosse) sich selbst, sondern auch das Gesellschaftsvermögen und das Privatvermögen seiner Mitgesellschafter obligieren, der hochgestellte Beamte kann subalterne Beamte bestellen, der zuständige Geistliche kann durch seine Solennisierung an der Entstehung der Ehe mitwirken usw. Aber

auch wenn die rechtsgeschäftliche Macht ihrem Subjekte nicht schon in seiner Eigenschaft als Rechtsgenosse, sondern vermöge eines besonderen Rechtsverhältnisses zukommt, ist sie aufs Strengste von der rechtlichen Macht oder Befugnis zur Vornahme des Rechtsgeschäftes zu unterscheiden.

2. Das rechtsgeschäftliche Können mag von einer rechtlichen Macht (Befugnis) oder von einer rechtlichen Machtbeschränkung (Verbindlichkeit) begleitet sein, es mag auch einer Rechtsverbindlichkeit zuwiderlaufen. Es liegt gar kein Widerspruch zwischen dem Satze: „Der Eigentümer A kann seine Sache veräußern oder verpfänden", und dem Satze: „Derselbe Eigentümer A darf seine Sache nicht veräußern oder verpfänden." Der erste Satz besagt, daß durch die Handlung des Eigentümers eine bestimmte Regel sozialen Verhaltens, welches die Grundlage eines neuen Rechtsverhältnisses bildet, ausgelöst wird; er besagt aber nicht, daß dieser Effekt deshalb eintritt, um dem Wollen des Eigentümers zur Realisierung zu verhelfen. Solcher Beistand kommt dem Eigentümer nur dann zu, wenn ihm nicht nur die rechtsgeschäftliche, sondern auch die rechtliche Macht oder Befugnis zur Vornahme der rechtsgeschäftlichen Handlung gewährt ist. Der Verkäufer, der das Verkaufsobjekt tradiert, der Geistliche, der eine Ehe solennisiert, der Richter, der ein Urteil fällt, übt nicht bloß die rechtsgeschäftliche Macht, sondern zugleich auch eine rechtliche Macht und eine Rechtsverbindlichkeit aus. Wäre aber das Kaufobjekt ein dem Verkäufer anvertrautes Gut, wäre die Ehe eine verbotene, das Urteil ein ungerechtes, so läge in der Ausübung der rechtsgeschäftlichen Macht zugleich die Verletzung einer Rechtsverbindlichkeit.

Jede rechtsgeschäftliche Handlung unterliegt daher einer zweifachen rechtlichen Beurteilung. Einmal nach jenen Rechtsregeln (genauer gesagt: nach jenen Bestandteilen der Rechtsregeln), welche die Entstehung oder Endigung von Rechts-

verhältnissen, somit die Handlung als Rechtsgeschäft betreffen, sodann nach denjenigen Rechtsregeln, welche das Wesen der Rechtsverhältnisse, somit das Rechtsgeschäft als Ausübung von Befugnissen und Verbindlichkeiten betreffen. Vermöge jener ist die Handlung rechtswirksam, vermöge dieser ist sie rechtmäßig oder unrechtmäßig. Von Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit eines Rechtsgeschäftes kann freilich nur unter der Voraussetzung seiner Rechtswirksamkeit, d. h. seiner Eigenschaft als Rechtsgeschäft gesprochen werden. Ohne diese Voraussetzung könnte das Prädikat der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit nur der physischen Handlung (welche von ihrem Subjekte als Rechtsgeschäft gedacht, jedoch mangels rechtsgeschäftlicher Macht nicht als Rechtsgeschäft ausgeführt wurde) beigelegt werden. Eine Handlung, die kein Rechtsgeschäft ist, kann weder ein rechtmäßiges, noch ein unrechtmäßiges Rechtsgeschäft sein. Dagegen ist die Rechtswirksamkeit des Rechtsgeschäftes völlig unabhängig von seiner Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit. Die Tatsache des Rechtserfolges (der Entstehung, Änderung, Aufhebung eines Rechtsverhältnisses), an und für sich betrachtet, involviert keine Befugnis. Für den rechtlichen Erwerber einer Sache entsteht Eigentum in zahlreichen Fällen, auch wenn der Erwerbungsvertrag mit einem Nichteigentümer, sogar auch mit einem unredlichen Besitzer abgeschlossen wurde, der dominus negotii wird obligiert, trotzdem die Handlung seines Vertreters ein Delikt bildet, auch ein durch Bestechung erwirktes Gerichtsurteil oder ein unrechtmäßigerweise erfolgter Verwaltungsakt erwächst in Rechtskraft usw. Daß in allen solchen Fällen der Erfolg des Rechtsgeschäftes, die Entstehung, Änderung oder Endigung eines Rechtsverhältnisses, vollkommen gleichartig ist demjenigen Rechtserfolge, welcher durch ein befugtes Rechtsgeschäft herbeigeführt wird, beweist, daß bei den Begriffen des Rechtsgeschäftes und der rechtsgeschäftlichen Macht von der Recht-

mäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Rechtsgeschäftes durchaus abgesehen werden muß. Dies ist aber gleichbedeutend mit dem Satze, daß im Begriffe des Rechtsgeschäftes nichts von Ausübung eines subjektiven Rechtes zu finden ist, so daß, auch wenn zu seinem Tatbestande das Vorhandensein eines subjektiven Rechtes (wie z. B. bei der Eigentumstradition das Vorhandensein eines Eigentumsrechtes) gehört, die Macht des Handelnden, den Erfolg herbeizuführen, d. i. seine rechtsgeschäftliche Macht, keinen Bestandteil oder Ausfluß des subjektiven Rechtes bildet. Einen solchen Bestandteil oder Ausfluß bildet nur die Befugnis des Eigentümers, von seiner rechtsgeschäftlichen Macht Gebrauch zu machen, eine neben dieser letzteren einhergehende rechtliche Macht, resultierend aus der ihm zum Zwecke der Vornahme der Eigentumstradition zur Seite stehenden Rechtshilfe.[35])

VI. Kapitel.

Rechtssubjekt und Rechtsobjekt.

§ 20. Rechtsubjektivität: *a)* bei bestimmten Personen.

1. Die Stellung als Subjekt rechtlicher Machten kann nur solchen Menschen zukommen, die zu wollen, d. h. Interessen zu erkennen und deren Realisierung anzustreben vermögen. Da jede Macht eine Unterstützung menschlicher Willenskraft bedeutet (§ 6, Z. 1—2), so setzt sie Willensfähigkeit ihres Subjektes voraus. Personen, die der Willensfähigkeit dauernd ermangeln, sind daher sozialen Machten unzugänglich. Dagegen sind Personen, welche nur auf kurze Zeit des Gebrauches ihrer Willensfähigkeit beraubt sind (Schlafende, Kranke, Trunkene) der rechtlichen Macht teilhaftig, weil solche vorübergehende Unterbrechungen der Realisierungsmöglichkeit an dem Rechtszwecke nichts ändern und für die Regelmäßigkeit des rechtlich-sozialen Verhaltens der Rechtsgenossen ohne Belang sind.

Die das rechtsgesellschaftliche Zusammenleben bestimmenden sozialen Interessen involvieren jedoch aus zahlreichen, leicht einzusehenden und deshalb hier nicht weiter auszuführenden Gründen die Gewährleistung von Interessen auch solcher Personen, denen rücksichtlich derselben die Fähigkeit zur eigenen Wahrnehmung, d. i. die Willensfähigkeit dauernd mangelt. Dies ist auf keinem anderen Wege erzielbar als dadurch, daß die Interessen der Handlungsunfähigen durch andere Personen vertreten werden. Die Möglichkeit solcher Interessen-

vertretung beruht auf der im menschlichen Geiste tief begründeten Tatsache, daß sein Wollen nicht bloß auf Förderung der eigenen Lebensinteressen, sondern auch auf Förderung der Lebensinteressen anderer Personen gerichtet sein kann und gerichtet ist: egoistisches und altruistisches Wollen. Die psychologischen Motive dieser beiden Willensrichtungen und deren ethische Bedeutungen kommen hier nicht in Betracht; ebensowenig die Frage, ob das altruistische Wollen im letzten Grunde auf gleichartigen Lustbedürfnissen und Unlustempfindungen, wie das egoistische Wollen beruht oder nicht. Es handelt sich nur um die Tatsache, daß die Menschen — aus was immer für Motiven — Wohlfahrtsinteressen anderer sich zum Zwecke zu setzen und deren Realisierung anzustreben vermögen. Kraft dieser Tatsache enthält der Gesamtwille Regeln, nach welchen einer Person soziale Macht und soziale Machtbeschränkung rücksichtlich der Interessen anderer Personen gewährt, beziehungsweise auferlegt, ist. In diesem Sinne finden Vertretungsverhältnisse sowohl in Ansehung der Wohlfahrtsinteressen handlungsunfähiger Personen, als auch in Ansehung der Interessen handlungsfähiger Personen (z. B. im Mandate, in Erwerbsgesellschaften, in Korrealitätsverhältnissen usw.) vielfältige Anwendung.

Wo immer und in welchem Umfange immer diese reale Erscheinung im Rechtsleben stattfindet, kann ihre wissenschaftliche Auffassung sich nicht mit einer Fiktion zufrieden geben, die dahin ginge: „der Wille des Vertretenen sei auf den Vertreter übertragen“ oder „das Wollen beider Teile sei ein und dasselbe“ u. dgl. Vertretung des Wollens einer Person (gleichviel ob man dieses im Sinne eines Geistesvermögens oder im Sinne einer geistigen Betätigung vorstellt), durch eine andere Person ist eine unvollziehbare Vorstellung, daher nichts als eine leere Redensart. Im realen Sinne kann sich jede

Vertretung nur auf die Interessen des Vertretenen beziehen und nur darin liegen, daß der Vertreter die Befugnis und die Verbindlichkeit hat, im Interesse des Vertretenen, d. i. altruistisch tätig zu sein.[36])

2. Die Vertretung beinhaltet auf dem Gebiete der Entstehung, Änderung und Endigung von Rechtsverhältnissen etwas anderes als auf demjenigen des Inhaltes der Rechtsverhältnisse. Rücksichtlich der Entstehung, Änderung oder Endigung von Rechtsverhältnissen bedeutet Vertretung die Gleichstellung der Rechtswirkungen eines vom Vertreter gesetzten Tatbestandes mit einem vom Vertretenen herrührenden Tatbestand. Handlungen oder Unterlassungen des Vertreters lösen als Tatbestand die Entstehung oder Endigung derselben Rechtsverhältnisse aus, welche als Folge einer gleichartigen Handlung des Vertretenen eingetreten wären. Dies setzt nicht etwa eine fiktive Identifizierung des Wollens oder der Handlung des Vertreters mit dem nicht vorhandenen Wollen oder Handeln der Vertretenen voraus. Der Gesamtwille knüpft ja auch an zufällige Naturereignisse das Existentwerden und die Erlöschung von Rechtsverhältnissen, die Gewährung oder Entziehung sozialer Macht. Ebenso gut als es eine Regel des Gesamtwillens ist, daß Eigentumsrechte durch (ohne jedes menschliche Hinzutun erfolgten) Zuwachs erworben werden, oder daß ein Forderungsverhältnis durch zufällige Beschädigungen (z. B. in den Fällen der Haftpflicht) entsteht, oder daß aus der Geschäftsführung ohne Auftrag und durch Verträge zu Gunsten Dritter für den Begünstigten Rechte erwachsen: ist es eine tatsächlich geltende Rechtsregel, daß aus Willensakten eines Vertreters, sei es handlungsfähiger, sei es handlungsunfähiger Personen, für diese Personen Rechtsverhältnisse resultieren. Die hiebei betätigte rechtsgeschäftliche Macht ist — auch wenn ihr Bestand an ein Rechtsverhältnis des Vertretenen geknüpft ist (§ 19, Z. 1) —

nicht eine solche des Vertretenen, sondern eine solche des Vertreters.[37])

Anders geartet ist die — hier allein in Betracht kommende — Vertretung rücksichtlich des Inhaltes der Rechtsverhältnisse. Daß jemand in Ansehung irgend welcher, aus einem bestehenden Rechtsverhältnisse resultierender Befugnisse oder Verbindlichkeiten durch einen anderen vertreten wird, bedeutet so viel, daß nicht er, sondern sein Vertreter für ihn Befugnisse besitzt, beziehungsweise, daß nicht er, sondern sein Vertreter für ihn, Verbindlichkeiten unterliegt. Das Interesse ist das seinige, das rücksichtlich desselben bestehende formale Machtverhältnis ist ein solches des Vertreters. Wer ist nun das Rechtssubjekt, der Pflegebefohlene oder der Vormund? Die Angabe, daß die Befugnisse und Verbindlichkeiten solche des Vertretenen seien und daß der Vertreter nur zu deren „Ausübung“ berechtigt, respektive gehalten sei, bildet bloß eine Umstellung von Worten und liefert keine Erklärung. Denn alle Befugnisse und alle Verbindlichkeiten sind solche der „Ausübung“ und nichts als diese. Wer sich bei der Erklärung von Rechtserscheinungen nicht mit Redewendungen abfindet, sondern jedes Verhältnis als ein reales erfassen will, muß eine Antwort suchen, welche das Problem nicht bloß in andere Worte kleidet, sondern die in demselben verborgenen realen Vorgänge feststellt. Zu diesem Behufe ist es erforderlich, auf das Wesen der Rechtssubjektivität näher einzugehen.

3. Rechtssubjektivität ist die Stellung jener Personen, deren Macht und deren die Macht bestimmenden Interessen den Zweck eines Rechtsverhältnisses bilden. Diesem doppelten Zweckinhalte der Rechtsverhältnisse entspricht eine doppelte Richtung der Rechtssubjektivität: diejenige der sozialen Macht und diejenige des die Macht determinierenden Wohlfahrtsinteresses. Subjekt rücksichtlich des Machtmomentes ist der Be-

rechtigte insofern, als es sein Wollen ist, dessen Erfolg sozial ermöglicht oder beschränkt ist; Subjekt rücksichtlich des Interessenmomentes ist der Berechtigte insofern, als es seine (in der Gegenwart oder in einer voraussehbaren Zukunft liegenden) Interessen sind, welche den Inhalt des (sozial ermöglichten oder sozial gehemmten) potentiellen Willenserfolges bilden. Jedes Rechtsverhältnis und jedes demselben entsprechende Dürfen und Verbundensein enthält demnach sowohl eine Subjektivität der Macht als eine Subjektivität des Wohlfahrtsinteresses. Doch ist — wie schon unter Z. 1 bemerkt wurde — keineswegs erforderlich, daß beide Subjektivitäten in einer und derselben Person vereinigt seien. Aus der Möglichkeit altruistischen Wollens ergibt sich die Möglichkeit von Regeln des Gesamtwillens, dahingehend, daß einer Person nicht betreffs ihrer eigenen Interessen, sondern betreffs der Interessen anderer Personen soziale Macht gewährt oder soziale Machtbeschränkung auferlegt ist. Der Gesamtwille kann das Wohlfahrtsinteresse einer Person als soziales Interesse verfolgen, dadurch, daß die formale Macht, es zu realisieren, einer anderen Person zur altruistischen Betätigung gewährt wird; und in gleicher Weise können die Wohlfahrtsinteressen einer Person eine Minderung erfahren dadurch, daß die einschlägigen sozialen Machtbeschränkungen einer anderen, für jene in irgend einem Rechtsverhältnisse altruistisch tätigen Person auferlegt sind.

Ungeachtet solcher begrifflicher Teilung der vollen Rechtssubjektivität und Machtsubjektivität ist jede derselben unterliegende Befugnis oder Verbindlichkeit doch eine einheitliche, weil auch ihr Rechtszweck, trotz der inneren Unterscheidung des formalen Momentes der Macht und des die Macht inhaltlich erfüllenden Wohlfahrtsinteresses, ein einheitlicher ist. Ebenso wie rechtliche Macht ohne rechtliches Interesse, ist Machtsubjektivität ohne Interessensubjektivität

bloße Form ohne Inhalt; und ebenso wie rechtliches Interesse ohne rechtliche Macht, ist Interessensubjektivität ohne Machtsubjektivität Inhalt ohne Form. Realität hat nur ein beide Momente der Form und des determinierenden Inhaltes in sich vereinigendes Ganzes. Es ist also ein und dieselbe Erscheinung, welche sich nach der formalen Seite als Willenserfolg des Vertreters, nach der materiellen Seite als Interessenförderung oder Interessenhinderung des Vertretenen darstellt. Demzufolge ist beispielsweise der Pflegebefohlene für sich allein nicht Eigentumssubjekt, weil nicht er, sondern der Vormund die Macht zu den Handlungen besitzt, die zum Sachgenusse führen; und ebensowenig ist der Vormund für sich allein Subjekt des Eigentumsrechtes, weil dessen Befugnisse nicht seinen, sondern den Sachgenuß des Mündels zum Inhalte haben. In Wahrheit bilden Mündel und Vormund gemeinschaftlich, einander ergänzend, das ganze Subjekt des Eigentumsrechtes und in gleicher Weise aller anderen die Interessen des Mündels betreffenden Rechte.

4. Es ist jedoch ein wohlbegründeter Sprachgebrauch, daß nicht beide, das vertretene Interessensubjekt und das vertretende Machtsubjekt gemeinschaftlich, sondern bloß erstere als Subjekt dieser Rechtsverhältnisse bezeichnet wird. Dies aus folgenden Gründen. Die Befugnisse und Verbindlichkeiten der Rechtsverhältnisse werden nach der Art und der Intensität der Interessen bestimmt und eingeteilt. Nach der gewöhnlichen Art, die Dinge in der Erfahrung zu betrachten, ist aber die Aufmerksamkeit überall weniger auf ihre allgemeinen oder formalen, als auf ihre determinierenden Merkmale gerichtet, weil das Besondere (die Art) dem Individuellen (als dem allein Wirklichen) näher steht, als das allgemeinere (die Gattung). Dieser Denkweise entspricht die Terminologie, zufolge deren bei der sprachlichen Bezeichnung der subjektiven Rechte nicht der abstrakt-formale Umstand, daß eine Person ihren Willen

durchzusetzen vermag, sondern der besondere Inhalt des Wollens, das angestrebte oder erzielte Interesse maßgebend ist. Innerhalb der einzelnen Rechtszwecke erscheint das formale Moment der sozialen Macht als Mittel des ihn inhaltlich ausfüllenden und besonderenden Interessenmomentes; und wenn die Macht einem anderen Subjekte angehört als das Interesse, so erscheint das Machtsubjekt als Diener des Interessensubjektes. Überdies tritt das Machtmoment für das praktische Leben und für den aus dessen Bedürfnissen resultierenden Sprachgebrauch auch deshalb in den Hintergrund, weil die Träger desselben verschwinden oder wechseln können, während der Träger des Interesses bleibt. Daraus aber, daß ein berechtigter Sprachgebrauch Kinder oder Wahnsinnige als Subjekte der ihren Interessen dienenden Vermögensrechte bezeichnet, trotzdem die aus denselben resultierenden sozialen Machtverhältnisse ihnen vernünftigerweise nicht beigemessen werden können, darf weder gefolgert werden, daß nur Interessen, nicht auch die Machtverhältnisse, den Begriff des subjektiven Rechtes konstituieren, noch daß Kinder und Wahnsinnige überhaupt keine Rechtssubjekte seien. Jede dieser in der Rechtsliteratur mehrfach vertretenen Meinungen ist einseitig und mit dem tatsächlich geltenden Rechte nicht vereinbar. Eine befriedigende Lösung kann auch hier nur auf dem Wege gefunden werden, daß man die Rechtsverhältnisse als tatsächliche Erscheinungen zur unmittelbaren Anschauung bringt, wo dann die Unterscheidung der Machtsubjektivität von der Interessensubjektivität in einem und demselben subjektiven Rechte kaum verkennbar ist.[38])

5. In gleicher Weise wie bei den Befugnissen greift die Interessenvertretung auch bei den aus den Rechtsverhältnissen hervorgehenden Verbindlichkeiten Platz. Wie jede Befugnis nebst dem abstrakten Momente der sozialen Macht zugleich ein dasselbe determinierendes Wohlfahrtsinteresse beinhaltet, so besteht auch jede Rechtsverbindlichkeit nicht bloß in der

abstrakten Machtbeschränkung, sondern zugleich in der Beschränkung oder Schmälerung eines Wohlfahrtsinteresses. Die Subjektivität der Rechtsverhältnisse betrifft daher auch nach der passiven Seite ein formales Moment der Machtbeschränktheit und ein dieses formale Moment ausfüllendes oder determinierendes Moment der Wohlfahrtsbeschränkung. Unter den gleichen Voraussetzungen, wie rücksichtlich der Befugnisse, greift rücksichtlich der Verbindlichkeiten eine Scheidung der Subjektivität Platz. Auch die Rechtsverbindlichkeiten treffen das Mündel oder den sonstwie Vertretenen inhaltlich, als Minderungen seiner Wohlfahrtsinteressen, den Vormund oder sonstigen Vertreter aber formell, als soziale Beschränkungen der ihm rücksichtlich dieser Interessen zukommenden Machten.

Dagegen ist eine Vertretung in Ansehung der positiven Rechtspflichten, d. i. in Ansehung jenes ethischen Verhältnisses, welches aus der normativen Funktion der Rechtsregeln erwächst, völlig undenkbar. Rechtspflicht erwächst, wie in § 9 ausgeführt wurde, aus der normativen Funktion der tatsächlich geltenden Rechtsregeln und setzt die Möglichkeit eines Bewußtseins von den Rechtsregeln notwendig voraus. Ich kann zu einer Leistung rechtlich verbunden sein, d. h. meine Macht kann rücksichtlich des Inhaltes einer Leistung natürlich oder sozial beschränkt sein, auch wenn mir die Möglichkeit, dieser Machtbeschränktheit bewußt zu sein, fehlt. Aber es verwirrt alle ethischen Begriffe, wenn von einem Pflichtgebote gesprochen wird, dem ich Folge leisten soll, ohne mein inneres Wollen ihm gemäß bestimmen zu können. Hier ist die Fiktion einer Willensvertretung nicht mehr bloß aus Gründen der Erkenntnislehre, sondern auch aus ethischen Gründen unzulässig, weil sie den Begriff der Pflicht mißbraucht. Der Sprachgebrauch, welcher eine willensunfähige Person als Subjekt der aus einem Rechtsverhältnisse entspringenden Befugnisse und Verbindlichkeiten bezeichnet, obwohl in Wahrheit nur die ihre

Interessen vertretenden Personen deren Träger sind, ist eine unschädliche Methapher der Rechtssprache; eine Ausdrucksweise hingegen, welche den Willensunfähigen als Subjekt von Rechtspflichten, als ein ethischem Lob und ethischem Tadel unterliegendes Willenssubjekt hinstellt, ist keine bloß metaphorische, sondern eine irreführende und deshalb verwerfliche. (Vgl. § 3, Z. 3 und § 9, Z. 4).

6. In den vorstehenden Ausführungen ist das Vertretungsverhältnis nur insofern, als es eine besondere Gestaltung der Rechtssubjektivität darstellt, betrachtet worden. Neben dieser Bedeutung kommt der Vertretung diejenige eines selbständigen Rechtsverhältnisses zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter zu. Als solches bildet das Vertretungsverhältnis die Grundlage von Befugnissen und Verbindlichkeiten des Vertreters gegenüber dem Vertretenen, die völlig verschieden sind von jenen Befugnissen und Verbindlichkeiten gegenüber dritten Personen, an deren Subjektivität der Vertreter und der Vertretene gemeinschaftlich beteiligt sind. Je nachdem, ob die dem Vertreter anvertrauten Interessen private oder öffentliche sind, ist das Vertretungsverhältnis ein öffentlichrechtliches oder ein privatrechtliches oder zum Teil öffentlichrechtlicher, zum Teil privatrechtlicher Natur. Der Charakter der Interessen bestimmt hier wie überall die Art und den Umfang der dem Vertreter gegenüber dem Vertretenen zukommenden Befugnisse und Verbindlichkeiten, sowie die Formen, in welchen dieselben zur Geltung gebracht werden. Dieses selbständige Rechtsverhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter kommt in dem gegenwärtigen Zusammenhange nicht weiter in Betracht.

§ 21. Rechtssubjektivität: *b)* bei unbestimmten Personen; juristische Personen.

1. Die begriffliche Scheidung der Machtsubjektivität von der Interessensubjektivität innerhalb des einheitlichen Rechtsverhältnisses eröffnet die Möglichkeit eines neuen Versuches, das Problem der „juristischen Person" dadurch einer Lösung zuzuführen oder doch anzunähern, daß wir die realen Vorgänge und Verhältnisse, die der „juristische Person" genannten Rechtssubjektivität zu Grunde liegen, feststellen.

Zunächst ist eine Verständigung darüber erforderlich, worin das Problem besteht. Läge gemäß der herrschenden Lehre das Wesen des positiven Rechtes in normativen Anordnungen einer „Gesetzgeber" genannten Autorität beschlossen, so wären alle durch diese Normen gebildeten (nicht bloß betroffenen) Institutionen, somit auch die sogenannten „juristischen Personen" Erzeugnisse einer gesetzgeberischen Phantasie, subjektive Konstruktionen aus dem Stoffe gesetzgeberischer Ideen, ohne objektive, außerhalb des gesetzgeberischen Geistes liegende Realität. Ihre Charakterisierung als bloße Fiktion, ihre Bezeichnung als „fingierte Person" wäre eine zwar nichts erklärende, aber doch zutreffende. Wer das positive Recht als eine Summe von normativen Ideen irgend eines denkenden Subjektes auffaßt, bringt in dem Attribute „juristisch" schon im voraus das Merkmal der Irrealität, die Vorstellung eines bloßen Gedankenproduktes mit. Daher können ihm, wenn er folgerecht denkt, auch die besonderen Namen: „Verein", „Korporation", „Gemeinde", „Anstalt" und selbst „Staat" nur substantivische Worte sein, denen kein Erfahrungsobjekt entspricht, Fiktionen zu dem Zwecke aufgestellt, um Geboten und Verboten einen sprachlich bequemeren Ausdruck zu geben. In dieser Betrachtungsweise wäre die Rechtssubjektivität überhaupt, auch diejenige der wirklichen oder physischen Personen, kein realer Begriff, sondern eine Redefigur, be-

zweckend die seitens des Gesetzgebers an die ihm Unterworfenen ergehenden Befehle in eine leicht faßbare logische Form zu bringen. Die Fiktion von Persönlichkeiten könnte sodann, vom Standpunkte der formalen Logik angesehen, ebensowenig beanständet werden, als etwa der Glaube an die in der Bibel erzählten Wunder auf Seite desjenigen, der von dem Axiom einer göttlichen Wahrheit der Bibel ausgeht, als unlogisch bezeichnet werden darf. Eine Lehre, die vor einer gesetzgeberischen Autorität Halt macht, die nichts anderes sein will, als die Erforschung des Gedankeninhaltes gesetzgeberischer Imperative, bewegt sich grundsätzlich in einem Bereiche von Fiktionen. Sie erbaut sich eine ihr ganz spezifisch eigentümliche, von der Erfahrungswelt des Rechtslebens absehende Welt von Begriffen und verfährt logisch ganz korrekt, wenn sie die selbstgeschaffenen Begriffe nicht als Realitäten, sondern als fingierte Wesen hinstellt und behandelt.

Wenn die ihrer selbst bewußt gewordene Rechtswissenschaft sich mit dieser Behandlung des Problems der juristischen Person nicht beruhigt, so hat dies seinen tiefsten Grund darin, daß die Identifizierung des positiven Rechtes mit einem Komplexe gesetzgeberischer Anordnungen oder Normen überall versagt, wo ein Bedürfnis nach wahrer Erkenntnis auf dem Rechtsgebiete auftaucht. Das Bestreben, die Erscheinungen des Rechtslebens als reale Vorgänge zu begreifen, ist unvertilglich. Es läßt sich nicht mit Fiktionen abfinden, weil der Realität gegenüber „Fiktion“ nichts oder nur eine Negation bedeutet. Die Bezeichnung „fingierte Person“ sagt demjenigen, der das rechtsgesellschaftliche Leben als reales Objekt zu erkennen sucht, bloß, daß eine Person tatsächlich nicht vorhanden sei; die ihn allein interessierende Frage: „Was ist vorhanden?“ läßt sie völlig unbeantwortet. Wenn wir jedoch wahrnehmen, daß tausende von Vereinen und sonstigen menschlichen Verbänden die weittragendsten Wirkungen entfalten, daß die wich-

tigsten Geschäftsunternehmungen von Korporationen betrieben werden, wenn wir uns vollends von den mächtigen Armen der verschiedenartigsten politischen Gemeinschaften in unseren tiefsten Lebensinteressen gefördert oder gehemmt fühlen, so wird unser Erkenntnisbestreben nicht durch die Annahme befriedigt, daß in alledem nur gesetzgeberische Ideen (Gebote, Verbote, Erlaubnisse) liegen, zu denen die Verwirklichung als etwas Akzidentelles hinzutrete. Wahre Wissenschaft vom Rechte muß die geistigen Schranken künstlicher, des Objektes ermangelnder Begriffskonstruktionen überschreiten. Sie muß allen Rechtsbegriffen, somit auch den sogenannten „juristischen Personen", gegenüber die Frage nach ihrer objektiven Legitimation, nach den ihnen korrespondierenden tatsächlichen Geschehen und dessen Regeln unterwerfen. Ihr Problem muß dahin lauten: Welche realen oder objektiv faßbaren Vorgänge begeben sich, wenn wir eine „juristische Person" als Objekt vor uns haben?

2. Eine Antwort auf die so gestellte Frage will die gegenwärtig wohl am meisten verbreitete, insbesondere von Gierke vertretene und nach ihm benannte Theorie, welche in den menschlichen Verbänden eine vor und unabhängig von dem positiven Rechte (das auch sie als einen Komplex von gesetzgeberischen Imperativen definiert) gegebene selbständige Willenspotenz nachzuweisen versucht, darbieten. Begründet wird diese Theorie vornehmlichst und innerlichst mit der unbestreitbaren Tatsache, daß jedes Zusammenwirken von Willenskräften Resultate ergibt, die qualitativ und quantitativ völlig verschieden sind von der Summe jener Wirkungen, die von denselben Willenskräften in isolierter Tätigkeit hätten hervorgebracht werden können. Der Besonderheit der Wirkung müsse — so behauptet sie — eine Besonderheit der Ursache, d. i. im gegebenen Falle ein besonderes Wollen und ein besonderer, d. h. von den Verbandsmitgliedern verschiedener Willensträger

zu Grunde liegen. Somit sei jeder menschliche Verband eine selbständige, mit einem realen Willensvermögen ausgestattete, von der Summe der in ihm vereinigten Individuen sorgfältig zu unterscheidende Substanz. Das Recht finde in jedem menschlichen Verbande einen solchen Willensträger bereits vor, und statte denselben, in ganz gleicher Art wie die einzelnen Menschen, mit Berechtigungen und Verpflichtungen aus; es knüpfe bloß an die bereits bestehende Willensfähigkeit des Verbandes die besondere Qualifikation der Rechtsfähigkeit und rechtlichen Handlungsfähigkeit, d. i. der Rechtspersönlichkeit.[39])

Diese Argumentation leidet an zwei Gebrechen. Allerdings lehrt uns die Erfahrung auf allen Gebieten, auf dem Gebiete der willenlosen Natur ebenso wie auf dem Gebiete der Sprache und ebenso auch auf dem Gebiete des sozialen Lebens, daß aus dem Zusammenwirken mehrerer Kräfte und insbesondere mehrerer Willenstätigkeiten Gesamtwirkungen ganz anderer Art hervorgehen, als die Summe jener Wirkungen, die von den einzelnen Ursachen oder Willenstätigkeiten in isolierter Arbeit hervorgerufen werden. Hieraus aber zu folgern, daß der Gesamtwirkung eine besondere, von den vereinigten Kräften verschiedene Gesamtkraft, als selbständige Ursache, und eine selbständige Substanz als deren Träger entspreche, widerstreitet ebensosehr den Gesetzen der Logik, wie den Regeln menschlicher Erfahrung. Eine solche Folgerung ist rücksichtlich des Rechtslebens nicht minder haltlos als rücksichtlich der Naturerscheinungen und so zahlreicher anderer aus einer Mannigfaltigkeit von Ursachen oder Komponenten resultierender Vorstellungsobjekte, wo sie überall längst verworfen ist. Jedes Kräfteparallelogramm belehrt uns über die Möglichkeit einer resultierenden Wirkung, die von den einzelnen Kräften in isolierter Tätigkeit nicht herbeigeführt werden könnte. Einer oberflächlichen Betrachtungsweise drängt sich freilich die Vorstellung von einer geheimnisvollen Ursache auf, welche dieses Novum

zu erzeugen scheint. Der Physiker aber verwirft jede solche Hypostasierung. Er konstatiert lediglich die Gleichmäßigkeiten, nach welchen die gemeinschaftlich wirkenden Kräfte, vermöge ihrer wechselseitigen Förderung und Hemmung, Gesamtwirkungen ergeben und baut auf diesen Gleichmäßigkeiten seine wissenschaftlichen Regeln auf. Nicht anders verfährt die Chemie und die Lehre vom organischen Leben. Die einseitige Annahme einer besonderen Lebenskraft, welche zu den Kräften der den Organismus bildenden Bestandteile hinzuträte, ist längst als eine überflüssige und irreführende erkannt. Es ist kein theoretischer Grund erkennbar, aus welchem die Wissenschaften vom gesellschaftlichen Leben anders denken sollten. Wenn sie dessen Erscheinungen als aus dem Zusammenwirken der Gesellschaftsmitglieder resultierende zu erklären vermögen, so sind sie weder veranlaßt noch berechtigt, einen persönlichen Geist, sei er nun Verbandswille oder Persönlichkeit oder Volks- Sprach-, Kunst-, Wirtschaftsgeist genannt, einzuschieben. Selbst die teleologische Auffassung dieses Zusammenwirkens hat zu solcher Hypostasierung nirgendwo Veranlassung. Denn die Teleologie postuliert zwar Zweckeinheiten, d. i. Synthesen von Dingen auf Grund eines ihnen gemeinschaftlichen Zweckes, nicht aber eine dem gemeinschaftlichen Zwecke korrespondierende einheitliche Ursache. Die Teleologie mag jedem Werden, sei es aus einer isolierten Kraft, sei es aus einer Kollektion von Kräften hervorgegangen, eine Idee, einen schöpferischen Zweck beilegen, der dafür bestimmend ist, daß gerade diese Ursache oder dieser Komplex von Ursachen gerade diese Wirkung oder diese Gesamtwirkung und keine andere zur Folge hat. Die Aufstellung einer solchen Zweckidee begründet eine Vereinigung der für sie wirkenden Dinge zu einem neuen einheitlich vorgestellten Zweck- oder Bestimmungswesen. Eine Hypothese jedoch, daß zugleich eine neue Substanz mit einer neuen Energie oder Kraft entstehe,

wäre nur dann statthaft, wenn die eigenartige Gesamtwirkung nicht schon aus dem Zusammentreffen der mehreren Einzelkräfte, aus deren wechselseitiger Beeinflussung, Förderung oder Hemmung, erklärt werden könnte. Und selbst in diesem Falle ginge es nicht ohneweiters an, die supponierte neue Ursache als eine mit den erfahrungsmäßig zusammenwirkenden Ursachen gleichartige anzusehen, sondern es müßte die Natur der neuen Ursache selbständig kritisch untersucht werden. Auf unseren Gegenstand angewendet, wäre es durchaus unstatthaft, die vermeintliche selbständige Ursache einer aus mehreren Willenstätigkeiten resultierenden Gesamtwirkung als „Verbandswillen" zu denken. Denn „Wille" (in dem hier erforderlichen, von einem blinden Triebe verschiedenen Sinne) setzt Bewußtsein, Vorstellung und Empfindung seines Trägers voraus, er ist nichts anderes, als die durch solche psychische Vorgänge vermittelte Energie. Davon aber, daß den menschlichen Verbänden ein eigenes Bewußtsein, ein eigenes Vermögen der Vorstellung und Empfindung innewohne, will selbst die hier kritisierte Theorie nichts wissen.

Hiezu kommt aber noch folgendes. Die Zweckeinheit menschlicher Verbände ist zweifacher Art. Die eine Art resultiert aus einem aktuellen Zusammenwirken behufs Herbeiführung eines gemeinschaftlichen konkreten Erfolges. So vereinigen sich die Mitglieder eines Orchesters zur konkreten Aufführung eines bestimmten Musikstückes, die Mitglieder eines Richterkollegiums zu einer bestimmten gemeinschaftlichen Beratung und Urteilsfällung, die Soldaten in einer bestimmten Kriegsschlacht zum Zwecke der Vernichtung des Feindes. Die zweite Art menschlicher Verbände resultiert hingegen nicht aus einem einzelnen aktuellen, sondern aus einem potentiellen Zusammenwirken auf Grund regelmäßiger Motivationen, welche die Verbandsmitglieder zur Verfolgung, nicht eines konkret bestimmten Erfolges, sondern einer unbestimmten

Reihe, einer abstrakt vorgestellten Gattung von Erfolgen hypothetisch bestimmen. Dieser Art ist das Orchester, insofern es nicht eine aktuelle Vereinigung zur Aufführung eines einzelnen Musikstückes, sondern eine potentielle Vereinigung zur Aufführung von Musikstücken überhaupt bedeutet; das Richterkollegium, insofern es nicht eine bestimmte Urteilsfällung, sondern allgemeine Kategorien von Urteilsfällungen bezweckt; die Armee, insofern sie nicht in einer bestimmten Schlacht kämpft, sondern durch Regeln eines Zusammenwirkens der Soldaten zu Kriegszwecken überhaupt gebildet ist. Die von Gierke und seinen Anhängern gezogene Schlußfolgerung von der Besonderheit einer Gesamtwirkung auf eine Besonderheit des Willensobjektes könnte nun, wenn sie überhaupt zulässig wäre, nur auf die erstbezeichnete Art von Verbänden, nämlich auf die Vereinigung aktueller Willenstätigkeiten zu einem konkreten Erfolge Anwendung finden, nicht aber auf die zweite Art von Verbänden, welche durch eine abstrakte Regelmäßigkeit bloß potentieller Willenstätigkeiten gebildet sind. Und doch ist gerade diese zweite Kategorie jene, unter welche die als juristische Person bezeichneten Verbände fallen und deren Wesen den eigentlichen Gegenstand des Problems der „juristischen Person“ bildet. Vereine, Korporationen, Stiftungen, Gemeinden, staatliche Gesellschaften umfassen nicht bloß die gegenwärtig, sondern auch die künftighin dem Verbande angehörenden Mitglieder, ferner Mitglieder, die für die gemeinschaftlichen Zwecke nicht tätig sind, vielfach auch gar nicht tätig sein können, und bloß an dem Nutzen und Vorteile der Gemeinschaftszwecke teilnehmen. Was als Begründung für die Hypostasierung eines selbständigen, jedem Verbande inhärierenden Gesamtwillens vorgebracht wird, paßt somit gar nicht auf die wichtigsten Arten der juristischen Personen, deren Mitglieder nur durch gemeinschaftliche allgemeine

Interessen, nicht aber durch ein aktuelles Zusammenwirken verbunden sind.

Insbesondere auf Stiftungen und jene sonstigen Anstalten, die man unter dem Namen „Zweckvermögen“ zusammenfaßt, kann die Theorie vom „Verbandswillen“ nur in sehr gekünstelter Weise angewendet werden, weil die Tatsache, daß nicht ein einheitlicher Wille, sondern ein einheitlicher Zweck die Verbandseinheit begründet, bei ihnen mehr als bei den anderen juristischen Personen hervortritt. Der Versuch aber, für die juristische Persönlichkeit der Zweckvermögen eine andere Erklärung in der Art zu finden, daß man den widerspruchsvollen Begriff von „subjektlosen subjektiven Rechten“ konstruiert, darf wohl als gescheitert angesehen werden. Er setzt an die Stelle der „fingierten Person“ eine andere Fiktion; denn in Wahrheit gibt es kein menschliches, somit auch kein rechtliches Interesse ohne ein Interessensubjekt und keine menschliche, somit auch keine rechtliche Macht ohne ein mit der Macht begabtes Willenssubjekt.

3. Der Weg zur Erkenntnis der unter der Bezeichnung „juristische Person“ fallenden Realitäten ist, wie schon früher bemerkt wurde, durch die Grundsätze einer realistischen Rechtslehre vorgezeichnet. Da wir das positive Recht als tatsächliche Regel des Geschehens im Rechtsleben begreifen, so müssen wir auch die unter dem Namen „juristische Person“ verborgenen Vorstellungen aus tatsächlichen Vorgängen und Verhältnissen, völlig frei von aprioristischen Gedankenbildern, seien es solche des „Gesetzgebers“, seien es solche einer konstruierenden Scholastik, zu gewinnen suchen. Vorurteilslose Anschauung zeigt uns nun, daß auch im Bereiche der juristischen Personen alles Wollen und Handeln und ebenso auch alle soziale Macht und Machtbeschränktheit an einzelnen Menschen haftet. Was eine Mehrheit von Menschen zu einem Verbande vereinigt, ist ausschließlich die Gemeinschaft-

lichkeit der Zwecke oder Interessen, welche nicht als aktuelle, sondern als potentielle, einer Regel unterliegende, gegeben sind. Dieselbe fundamentale Tatsache des menschlichen Geisteslebens, welche sich uns zur Erklärung der Rechtssubjektivität handlungsunfähiger Einzelpersonen darbot, nämlich die Möglichkeit eines Handelns im Interesse anderer, finden wir als Möglichkeit eines Handelns im gemeinschaftlichen Interesse aller an einem gesellschaftlichen Zwecke Beteiligten vor; sie wohnt jedem regelmäßigen Verhalten inne, welches vermöge seines einheitlichen Zweckes eine gesellschaftliche Zweckeinheit begründet. Jeder menschliche Verband ist somit eine Interessengemeinschaft, eine Einheit, beruhend nicht auf der Identität eines Wollens, sondern auf der Identität eines gesellschaftlichen Interesses, das von den isolierten Zweckinteressen jedes einzelnen Verbandsmitgliedes grundsätzlich verschieden ist. Die Wahrung oder Vertretung des gemeinschaftlichen Interesses erfolgt teils durch die den gesellschaftlichen Regeln entsprechenden Handlungen der Mitglieder selbst, teils durch einzelne Personen, die dem Verbande selbst gar nicht anzugehören, an den Verbandsinteressen gar nicht beteiligt zu sein brauchen. Mag aber wer immer für die Verbandsinteressen tätig sein: ein positivrechtliches Verhalten wird in seiner Tätigkeit nur dann liegen, wenn sie mit sozialer Macht ausgestattet und durch soziale Machtbeschränkung begrenzt ist.

In ähnlicher Weise daher, wie rücksichtlich der Interessen eines Mündels, sind in Ansehung der Verbandsinteressen einzelne Personen zur Wahrung berufen; mit dem Unterschiede jedoch, daß es sich dort um die Interessen einer bestimmten Person (unter Umständen um die Interessen mehrerer bestimmter Personen) handelt, während bei dem Verbande die Interessen unbestimmter Personen, nämlich einer Reihe von Personen, die nur durch abstrakte Merkmale gekennzeichnet sind, in Frage stehen. Demzufolge ist auch

bei den Personenverbänden die Interessensubjektivität von der Machtsubjektivität zu unterscheiden. Träger der Machtsubjektivität sind jene einzelnen Willenssubjekte, die durch Rechtsregeln in den Stand gesetzt sind, die Verbandsinteressen zu vertreten: bei Vereinen, die zur Generalversammlung erschienenen Mitglieder, der Vereinsvorstand und dessen Gehilfen; bei Gemeinden die Gemeindevertretungen, Gemeindevorstände, Gemeindebeamten; beim Staate das Staatsoberhaupt, die Parlamente, die Behörden; bei Anstalten und Stiftungen die Verwaltungsorgane, die Kuratoren usw. Träger der Interessensubjektivität hingegen sind die an dem gemeinschaftlichen Wohlfahrtszwecke beteiligten und durch dieselben zur Einheit einer Interessengemeinschaft verbundene Personen: die Vereinsmitglieder, die Gemeindeangehörigen, die Staatsbürger, die Stiftlinge usw. Es ist für die Interessensubjektivität belanglos, ob ihre Träger sich ihrer Beteiligung an dem Verbandsinteresse bewußt sind oder nicht, gleichgültig, ob sie der Gegenwart oder der Zukunft angehören, sofern nur Rechtsregeln gelten, durch die irgend welchen Personen die soziale Macht gegeben ist, die den Interessenträgern gemeinschaftlichen Verbandszwecke zu verwirklichen. Aus der Machtsubjektivität und der Interessensubjektivität ist die Rechtssubjektivität überall, somit auch bei den juristischen Personen zusammengesetzt; nur daß bei den juristischen Personen, ebenso wie bei den pflegebefohlenen Einzelpersonen, die Träger der Machtsubjektivität andere sind als die Träger der Interessensubjektivität. Somit bilden rücksichtlich der Rechte und Verbindlichkeiten der juristischen Personen, ebenso wie rücksichtlich der Rechte und Verbindlichkeiten pflegebefohlener Personen die Machtsubjekte und die Interessensubjekte gemeinschaftlich das „Rechtssubjekt“, d. h. es kommt ihnen gemeinschaftlich die Subjektivität von Rechtsverhältnissen zu. Innerhalb dieser erscheinen die Träger der Machtsubjektivität als

Organe, durch welche die gemeinschaftlichen Interessen der Verbandsmitglieder als Interessensubjekte vertreten werden. Vermöge der gemeinschaftlichen Zwecke sind die Verbände zwar nicht selbständige Denk- und Willenssubjekte, wohl aber selbständige Denkobjekte, nämlich denknotwendige Zweckeinheiten. Und diese Zweckwesen werden infolge der hinzutretenden Machtsubjektivitäten einzelner oder mehrerer zusammenwirkender Personen zur „juristischen Person" organisiert.

4. In vorstehender Ausführung wurden die Interessenverbände bloß insofern, als sie juristische Personen sind, d. h. insofern, als ihnen rechtliche Interessen oder rechtliche Machten innewohnen, in Betracht gezogen. Der Vollständigkeit wegen ist beizufügen, daß gesellschaftliche Verbände auch außerhalb des positiven Rechtes sehr wohl denkbar sind. Hieraus kann wohl mit Gierke ein Argument gegen die Zurückführung des Verbandsbegriffes auf eine juristische Fiktion, nicht aber ein Argument gegen die hier entwickelte Theorie abgeleitet werden. Wir stimmen mit Gierke vollkommen dahin überein, daß der tatsächliche Bestand von seitens der Rechtsordnung nicht anerkannten, also der Rechtssubjektivität entbehrenden gesellschaftlichen Verbänden (z. B. einfachen Geselligkeitsvereinigungen, verbotenen Vereinen, ja auch Diebsbanden oder sonstigen Gesellschaften zu widerrechtlichen Zwecken) evident ist. Sie sind lebende Beweise dafür, daß das Wesen des menschlichen Verbandes von Rechtsnormen und überhaupt von ethischen Voraussetzungen unabhängig ist. Gerade deshalb unterstützen und ergänzen sie unseren Begriff vom menschlichen Verband und von der juristischen Person als einer besonderen Art desselben. Auch sie sind denknotwendige, also objektiv gegebene Zweckeinheiten. An die Stelle der für die juristische Person erforderlichen Merkmale der rechtlichen Interessen und der rechtlichen Machtverhältnisse treten aber bei den

rechtlich nicht anerkannten Verbänden die Merkmale natürlicher (d. h. außersozialer) Interessen und natürlicher (d. h. außersozialer) Machten (§ 6, Z. 1). Der logische Prozeß, durch welchen wir die Vorstellung von Interessengemeinschaften bilden, ist also bei ihnen ein gleicher, wie bei den rechtlichen Interessengemeinschaften. Auch ihre Einheit beruht in gemeinschaftlichen Zwecken und auch sie bedürfen menschlicher Organe, um die gemeinschaftlichen Interessen zu realisieren. Was sie von den juristischen Personen unterscheidet, besteht darin, daß ihre Interessen nicht durch das rechtlich-soziale Verhalten der Mitglieder der Rechtsgesellschaft gewährleistet sind, daß somit ihre Organe bloß eine natürliche Macht, nicht aber eine rechtliche Macht besitzen. (Vgl. § 29, Z. 7.)

5. Aus den bereits oben in § 20, Z. 4 dargelegten Gründen ist überall auch bei den juristischen Personen der Sprachgebrauch gerechtfertigt, in welchem bei geteilter Rechtssubjektivität die Interessensubjekte als Rechtssubjekt bezeichnet werden. Aber er darf nur als solcher gewürdigt werden und soll die ihm zu Grunde liegenden tatsächlichen Erscheinungen nicht verschleiern. Wo immer von Rechten oder Verbindlichkeiten oder von Rechtssubjektivität einer juristischen Person gesprochen wird, ist die Tatsache zum Ausdrucke gebracht, daß in Ansehung der bezüglichen Interessen eine Gemeinschaft unbestimmter Personen besteht, und daß zur Vertretung der gemeinschaftlichen Interessen einzelne Personen mit sozialen Machten und Machtbeschränkungen ausgestattet sind, die als Organe der Interessengemeinschaft fungieren. In solchem Sinne allein darf die „juristische Person" als Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten bezeichnet werden. Das Wort „Person" ist hier ein Sammelname für jene unbestimmte, zu einer Zweckeinheit verbundene Reihe von Menschen, deren gemeinschaftlichen Interessen durch die ihren Organen zu-

kommenden rechtlichen Machten und obliegenden Machtbeschränkungen gewährleistet. beziehungsweise begrenzt sind. Auch hier ist diese Terminologie hauptsächlich deshalb geboten, um die Befugnisse und Verbindlichkeiten, welche den Organen in Vertretung der Verbandsinteressen gegenüber Außenstehenden zustehen, von jenen zu unterscheiden, die denselben Organen gegenüber den an den Verbandsinteressen Beteiligten zukommen und obliegen.

6. Ebenso wie bei Stellung eines jeden sonstigen rechtlichen Vertreters der Interessen Anderer involviert das Rechtsverhältnis des Interessenvertreters bei der juristischen Person, eine zweifache Art von Befugnissen und Verbindlichkeiten:

a) die aus seiner Beteiligung als Machtsubjekt an den Rechtsverhältnissen der juristischen Person gegenüber anderen Personen resultierenden,

b) die ihm gegenüber den Interessensubjekten der juristischen Person selbst erwachsenden.

Beide Kategorien dienen in jedem einzelnen Falle demselben Rechtszwecke. Daher decken sich die dem Vertreter aus den Rechtsverhältnissen der juristischen Person nach außen zustehenden Befugnisse mit Verbindlichkeiten, welche ihm gegenüber den Mitgliedern der juristischen Person obliegen; d. h. der Vertreter ist verbunden, die Interessen der juristischen Person in demselben Umfange zu wahren, in welchem er hiezu auf Grund seiner Organstellung in der juristischen Person nach außen befugt ist. Um dieser Doppelstellung des Interessenvertreters in der Rechtssprache Rechnung zu tragen, ist jene Ausdrucksweise, welche, die Interessensubjektivität und Machtsubjektivität verbindend, die juristische Person als Subjekt der rücksichtlich der Verbandsinteressen bestehenden Rechtsverhältnisse, Befugnisse und Verbindlichkeiten schlechthin bezeichnet, nötig und üblich geworden.

Dagegen spricht auch bei der juristischen Person, ebenso wie bei der Vertretung der Interessen bestimmter Personen (§ 20, P. 5), nichts dafür und alles dagegen, eine gleiche übertragene Ausdrucksweise für die Rechtspflichten im echten ethischen Sinne des Wortes zuzulassen. Wenn gesagt wird, eine juristische Person sei zu einer Leistung „verpflichtet“, so ist damit durchaus nur gemeint, daß ihre Gemeininteressen und die zu deren Wahrung bestehenden Machten ihrer Vertreter im Sinne der Erbringung jener Leistung beschränkt sind. Die Verpflichtung wird als sogenannte bloß „äußere Pflicht“, die wir Verbindlichkeit nennen, verstanden. Soweit unter „Verpflichtung“ das aus der normativen Funktion der Rechtsregeln erwachsende ethische Verhältnis, welches eine Bewertung der Erfüllung einer Verbindlichkeit als Verdienst und der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit als Verschulden in sich schließt, verstanden wird, kann von einer Übertragung auf die Vertretenen, auch nur in figürlichem Sinne, nicht gesprochen werden. Denn die ethische Rechtspflicht resultiert nicht — wie die Verhältnisse der rechtlichen Macht und Machtbeschränkung — aus äußeren Umständen, sondern inhäriert ihrem Begriff nach dem Willenssubjekt, insofern dieses sich selbst zu bestimmen vermag. Wenn Rechtsregeln bestehen, nach welchen den Mitgliedern einer juristischen Person infolge eines pflichtwidrigen Verhaltens ihres Vertreters von Rechtswegen ein Übel zugefügt wird, so bilden sie Ausnahmen von dem Prinzipe, daß Strafe ein Verschulden voraussetzt. Derartige Ausnahmen, sogenannte „Erfolgstrafen“, hat es von jeher in großer Zahl gegeben und gibt es auch im modernen Rechte. Schon deshalb ist ein Rückschluß aus der nach Rechtsregeln erfolgenden Zufügung eines Übels auf ein Verschulden unstatthaft. Aber solcher Rückschluß wäre auch dann verfehlt, wenn die sogenannte „Bestrafung“ juristischer Personen die einzige Ausnahme wäre. Die Rechtsregeln begründen soziale

Machten. Die Grundsätze der Ethik aber vermögen sie ebensowenig als die Naturgesetze aufzuheben oder zu verändern. Ihre normative Funktion ist, wie in § 9, Z. 4, bemerkt wurde, nichts anderes als ein Reflex ethischer Gebote, kann daher über diese nicht hinausreichen.

7. Die vorstehend entwickelte Anschauung einer besonderen Art geteilter Rechtssubjektivität bei Personenverbänden umfaßt alle Erscheinungen, welche man unter der Bezeichnung „juristische Person" zusammenzufassen gewohnt ist; somit ebensowohl alle öffentlichrechtlichen und alle privatrechtlichen Korporationen, als die Anstalten, Stiftungen und sonstigen Zweckvermögen. Auch bei den Zweckvermögen ist Rechtssubjektivität ein denknotwendiges Postulat und eine in der Erfahrung gegebene Tatsache. Ein Vermögen ohne Personen, denen sein Genuß gewidmet ist, und ohne Personen, denen die Macht zur Verwirklichung dieses Genusses zusteht, wäre gleich einem Messer ohne Griff und ohne Klinge. Beide Momente bieten sich der Beobachtung in den Stiftungen, in der ruhenden Verlassenschaft, im Konkursvermögen, nicht minder dar, als in den Korporationen. Die Stiftungsanwärter, Erbanwärter, Konkursgläubiger sind durch gemeinschaftliche Interessen zu je einer Gesamtheit verbunden und die diesen Interessen gewidmeten Güter bilden ein gemeinsames Vermögen aller Interessenten. Die organische Funktion aber, mittels deren die einzelnen Vermögensobjekte der gemeinschaftlichen Bestimmung zugeführt und die Gesamtinteressen innerhalb der von den Rechtsregeln gesetzten Grenzen realisiert werden, üben jene physischen Personen aus, welchen durch den Gesamtwillen die erforderlichen rechtlich-sozialen Machten verliehen und die entsprechenden Machtbeschränkungen auferlegt sind.

Die Rechtssubjektivität der juristischen Personen unterscheidet sich von derjenigen physischer Pflegebefohlenen dadurch, daß die Interessensubjekte bei den juristischen Personen

nicht konkrete sind, sondern durch allgemeine Merkmale bestimmt werden, daß daher auch deren Anzahl eine unbestimmte ist. Zufolge dieser Unbestimmtheit umfaßt die Interessensubjektivität nicht bloß die derzeit, sondern auch die in Hinkunft an dem identischen Gesamtzwecke beteiligten Interessenten. Ja es ist wohl denkbar, daß vorübergehend überhaupt keine Träger der zum Rechtszwecke erhobenen Interessen juristischer Personen existieren, so daß der Rechtszweck nur für künftige Generationen aufrecht erhalten und nur zu deren Gunsten verfolgt wird. Wären aber weder in der Gegenwart noch in Zukunft Träger des in Frage stehenden Interesses gegeben, so wäre auch keine Machtsubjektivität möglich, weil es an jedem determinierenden Inhalt eines sozialen Machtverhältnisses mangeln würde, die Annahme eines solchen daher eine leere Abstraktion wäre. Von dem Bestande einer juristischen Person könnte nicht mehr die Rede sein.[40])

8. Die Machtsubjektivität in der juristischen Person kann einer Mehrheit von Personen zukommen, die ihrerseits wieder zu einer selbständigen juristischen Person, mit selbständigen rechtlichen Interessen und Machten, vereinigt sein mögen. So kann eine juristische Person als Staatsbehörde, als Vorstand einer anderen Korporation, als Stiftungskurator usw. fungieren. Diese Erscheinung steht mit der Tatsache, daß nur physische Personen Macht- und Interessensubjekte sind, daher auch nur physische Personen Rechtsbefugnisse und Verbindlichkeiten besitzen können, keineswegs im Widerspruch. Denn überall, wo eine juristische Person B als Organ einer anderen juristischen Person A bezeichnet wird, sind es in Wahrheit die Interessenvertreter oder Organe in B, welche zugleich als Interessenvertreter und Organe in A fungieren. Wenn wir sagen, daß ein Parlament, ein Gerichtshof, eine Gemeinde staatliche Funktionen ausüben und staatliche Interessen vertreten, so sind es in Wahrheit die Parlamentsmitglieder, die Mitglieder des Ge-

meindevorstandes, des Gerichtshofes, welchen die für diese Interessenvertretung erforderlichen Rechtsbefugnisse und Rechtsverbindlichkeiten zukommen. Diese physischen Personen haben sodann vermöge ihrer Stellung als Organe des Parlamentes, des Gerichtshofes, der Gemeinde, zugleich die Stellung von Staatsorganen. Gleiche Erscheinungen bieten auch privatrechtliche juristische Personen dar. Eine Aktiengesellschaft kann Mitglied eines Vereinsvorstandes oder Stiftungskuratoriums sein; hiedurch wird ihr keine Seele eingehaucht oder angedichtet, sondern es wird nur bestimmt, daß die zur Vertretung ihrer Interessen berufenen physischen Personen als solche, somit auch nur so lange, als sie diese Organstellung bekleiden, zugleich auch die Interessen des Vereines oder der Stiftung zu vertreten berechtigt und verbunden sind.

§ 22. Die Rechtssubjektivität des Staates.

1. Die Insuffizienz einer Auffassung der juristischen Personen als einer (auf Grund gesetzgeberischer Imperative aufgestellten) Fiktion tritt nirgendwo so drastisch zu tage, als bei der Betrachtung des Staates. Solange man bloß die dem Staate untergeordneten juristischen Personen ins Auge faßt, mag eine scholastische Denkweise, wie in § 21, Z. 1, bemerkt wurde, ihr formales Genügen daran finden, den Begriff „juristische Person" als eine juristische „Konstruktion" anzusehen, welche auf Grund staatlicher Gebote und Verbote und mittels derselben vollzogen wird. Sie legt sich unter dem Namen „juristische Person" ein Substantivum zurecht, gebildet lediglich zu dem Zwecke, um für die staatlichen Imperative einen zusammenfassenden Ausdruck zu gewinnen. Und sie hält sich zur Bildung eines solchen, der objektiven Realität entbehrenden Gedankenwesens für umso berechtigter, wenn der „Gesetzgeber" ihr damit vorausgegangen ist, wenn sie sich also darauf berufen kann, daß die Fiktion erforderlich sei, um die Ge-

danken des von ihr vorausgesetzten, über jede erkenntnistheoretische Kritik erhabenen, persönlichen „Gesamtwillens" nachzudenken und zu reproduzieren. Sobald aber der Staat selbst in Betrachtung gezogen und als juristische Person erklärt werden soll, fällt jene, in der Voraussetzung staatlicher Befehle gelegene, Prämisse und damit die, wenn auch nur formal logische Möglichkeit, den Staat als juristische Person aus Staatsbefehlen zu „konstruieren" oder zu „fingieren", weg. Die Aufgabe, eine fictio sui vorzustellen, ist noch viel unerträglicher als die Aufgabe, eine causa sui vorzustellen. Denn sie ist nicht bloß abstrus, sondern absurd.

Die Rechtssubjektivität des Staates kann aber auch nicht durch die Zugrundelegung einer „Staatspersönlichkeit", als eines selbständigen Willenssubjektes, erklärt werden. Im wesentlichen gilt hier dasselbe, was bereits in § 21, Z. 2, über die Gierkesche Theorie von den Verbandspersönlichkeiten gesagt wurde. Um zu einem deutlichen Begriffe von der „Rechtssubjektivität des Staates" zu gelangen, genügt es nicht, ihn — worauf sich die meisten Vertreter der genannten Theorie beschränken — als eine „Verbandseinheit" zu erklären und diejenigen zu widerlegen, welche in materialistischer Beschränktheit, Realität mit Sinnlichkeit verwechselnd, den Verbandseinheiten ein objektives Sein absprechen. Gerade eine richtig verstandene empirische Lehre wird nicht verkennen, daß, ebenso wie aus dem kausalen Zusammenwirken vieler Dinge zu gemeinschaftlichem Erfolge, auch aus einem Zusammenwirken vieler Menschen zu gemeinschaftlichem Zwecke eine alle Komponenten umfassende neue Einheit, ein neues Vorstellungsobjekt erwächst. Die Hypostasierung von Verbands- und Staatspersönlichkeiten beschränkt sich aber nicht darauf, die menschlichen Verbände, und insbesondere die Staaten als objektive Einheiten zu erklären; sie will diese objektiven Einheiten in Willenssubjekte verwandeln, ohne genügend

zu beachten, daß diese — da „Wollen" ohne vorausgehendes Vorstellen und Fühlen unmöglich ist — auch denken und empfinden müßten. Für die Berechtigung einer solchen Metamorphose der objektiven Zweckeinheit in ein anthropomorphistisches Wesen bleiben ihre Vertreter einen ausreichenden Beweis durchaus schuldig. Die Tatsache, daß die Staatsbürger sich staatlicher Interessen, staatlicher Befehle und ihrer Stellung als Glieder des staatlichen Verbandes bewußt sind, sowie der Hinweis auf die ethische Bedeutung dieses Bewußtseins ist für die theoretische Frage, ob der Staat ein selbständiges Willenssubjekt sei, somit eine selbständige Seele besitze, belanglos; wenigstens von dem Augenblicke an belanglos, als es gelingt, die staatlichen Interessen als Interessen der Staatsgenossen, die staatlichen Befehle als Befehle der staatlichen Organpersonen zu erklären und die ethische Bedeutung der Angliederung in die staatliche Gemeinschaft auch bei dieser Erklärungsart aufrechtzuhalten. Noch weniger schlüssig ist die Betonung der Tatsache, daß auch der physische Mensch aus einer großen Anzahl von, teils räumlich, teils zeitlich zusammenhängenden Erscheinungen zusammengesetzt sei, die bloß im Ichbewußtsein synthetisch verbunden seien. Eben ein solches Ichbewußtsein müßte im Staate nachgewiesen werden, um ihn als eine selbständige Persönlichkeit hinzustellen. In dessen Ermanglung bleibt für den Staat und für jeden menschlichen Verband als Einheitsprinzip nichts übrig, als das Zusammenwirken der Mitglieder zu gemeinschaftlichen Zwecken, welche sich in analoger Weise auch bei allen Organismen und Mechanismen der willenlosen Natur finden. Daraus, daß jede menschliche Persönlichkeit auf einer Vereinigung zahlreicher Einzelerscheinungen beruhe, kann nur eine sehr mangelhafte Logik den Schluß ziehen, daß aus jeder Vereinigung von Persönlichkeiten zu gemeinschaftlichen Zwecken eine selbständige Persönlichkeit hervorgehe.[41])

2. In Wahrheit ist, ebensowenig wie in irgend einem anderen Verbande von Menschen, im Staate ein anderes Wollen auffindbar, als dasjenige physischer Personen. Was die Menschen im Staate vereinigt, ist nicht eine Transsubstantiation ihrer Willenskräfte in ein metaphysisches oder — wie man es auch genannt findet — „metasoziales“ oder „metajuristisches“ neues Willenssubjekt, sondern die Gemeinschaftlichkeit von Wohlfahrtsinteressen. Diese gemeinschaftlichen Interessen sind staatliche und zugleich rechtliche Zwecke dadurch, daß einzelne Personen mit den zu ihrer Realisierung erforderlichen sozialen Machten ausgestattet und mit gleichen Zwecken dienenden sozialen Machtbeschränkungen belastet sind. Aus der Gesamtheit der Interessenten und aus den Machtsubjekten, welche die Gesamtinteressen zu vertreten berechtigt und verbunden sind, und deshalb als Organe bezeichnet werden, ist der Staat — ebenso wie jede andere juristische Person — zusammengesetzt. Nicht „der Staat“ will und handelt, sondern die Staatsorgane wollen und handeln; und sie vertreten dabei nicht eine imaginäre staatliche Persönlichkeit, sondern reale, allen gegenwärtigen und künftigen Staatsgenossen gemeinschaftliche, d. h. staatliche Interessen.

Der Staat unterscheidet sich von anderen innerhalb seines Bereiches bestehenden menschlichen Verbänden dadurch, daß er eine Rechtsgesellschaft, und zwar die universelle Rechtsgesellschaft ist: „Primus inter pares“ (Bekker, Grundbegriffe des Rechtes, S. 31). Sein Zweck ist die Selbstbehauptung des gesellschaftlichen Zusammenlebens aller seiner Mitglieder. Die Selbstbehauptung involviert den allgemeinsten Begriff gesellschaftlicher Wohlfahrt, besitzt demnach den universellsten Umfang an rechtlichen Interessen und rechtlichen Machten (§ 4, Z. 2). Die Allgemeinheit und Universalität des Zweckes hat zur Folge, daß überall, wo die Machten und Interessen, beziehungsweise Regeln irgend welcher innerhalb des Staats-

verbandes (der Rechtsgesellschaft) bestehenden besonderen Verbänden mit den staatlichen Rechtsregeln, beziehungsweise den durch diese begründeten rechtlichen Machten und Interessen, kollidieren, regelmäßig die letzteren obsiegen, d. h. in tatsächlicher Geltung bleiben. Denn bei einem Widerstreite mit den durch das rechtlich-soziale Verhalten aller Mitglieder der Rechtsgesellschaft begründeten Machten erscheinen die aus besonderen Verbänden hervorgehenden (trotzdem auch sie in gesellschaftlichen Organisationen zu tage treten), als isolierte oder außersoziale Machten. Sie können eine dauernde tatsächliche Geltung nur dann und nur insoweit behaupten, als sie vom Staate zugelassen sind, was nichts anderes bedeutet, als daß sie sich innerhalb der für die Rechtsgesellschaft geltenden Regeln, innerhalb des staatlichen Rechtes, bewegen. Dem Staate, präziser ausgedrückt, den staatlichen Organen, steht die rechtlich-soziale Macht zu, alle jene natürlichen Machten, welche aus besonderen Verbänden erwachsen, geradeso wie die natürlichen Machten Einzelner, wenn und sobald als sie den Rechtsregeln zuwiderlaufen, d. i. unrechtmäßig sind, zu vernichten oder doch zu überwinden, an der Betätigung zu verhindern. Diese regelmäßige Überlegenheit der aus dem rechtlich-sozialen Verhalten aller Rechtsgenossen resultierenden staatlichen Machten gegenüber allen anderen innerhalb des Kreises der Rechtsgenossen bestehenden Machten — seien sie nun solche, welche einzelnen Personen für sich allein oder in der Eigenschaft als Organe besonderer Verbände zustehen — wird als Souveränität bezeichnet (vgl. weiter unten Z. 8).[42])

3. Bei Zugrundelegung der Definition des Staates als der mit Organen behufs Vertretung der gesellschaftlichen Interessen ausgestatteten universellsten Rechtsgesellschaft, wird die vielfach vorkommende Unterscheidung des Staatsbegriffes in einen tatsächlichen und in einen rechtlichen zweck- und bedeutungslos. Der tatsächlich bestehende Staat ist die Rechts-

gesellschaft selbst als Rechtssubjekt betrachtet, weil eine regelmäßige Verfolgung gemeinschaftlicher Interessen ohne rechtlich-soziale Macht nicht stattfinden kann; und die staatliche Rechtssubjektivität ist zusammengesetzt aus den Interessensubjektivitäten der Staatsgenossen und den Machtsubjektivitäten der Staatsorgane. Wenn man das Wort „Recht" in streng positivem Sinne versteht, so entfällt jeder Anlaß, den tatsächlich bestehenden Staat von der Rechtsinstitution „Staat" zu unterscheiden; die Wissenschaft vom positiven Staatsrechte ist die Wissenschaft vom positivem Staate. Eine anderweitige Staatswissenschaft ist nur als Lehre von idealen Rechtssätzen, welche aus der menschlichen Vernunft auf Grund einer Forschung nach wahren sozialen Interessen und nach der bestmöglichen Art ihrer Realisierung im Staate (sei es allgemein für alle Länder und alle Zeiten, sei es für bestimmte Länder und Zeitperioden) abgeleitet werden, d. i. als Philosophie oder Politik des Staatsrechtes möglich. Ebensowenig als rechtsphilosophische und rechtspolitische Erörterungen über sonstige Rechtsinstitutionen, z. B. über Privateigentum oder über Strafbarkeit und Strafen, über Zölle oder über Schulzwang usw., sind Untersuchungen darüber, in welchem Umfange und rücksichtlich welcher Interessen den staatlichen Organen soziale Machten oder Machtbeschränkungen nach irgend welchen ethischen oder politischen Gesichtspunkten verliehen, beziehungsweise auferlegt werden sollten, Gegenstand der Wissenschaft vom positiven Rechte und von der positiven Organisation des Staates. Sie kommen für die Erkenntnis des positiven Staatsrechtes nur insofern in Betracht, als sie dazu führen mögen, durch die Erforschung der sozialen Bedürfnisse das positive Rechtsgefühl für diese zu erwecken und dadurch der gedeihlichen Entwicklung des Staates und seines Rechtes vorzuarbeiten.

Indem wir die staatliche Organisation als Bestandteil der Rechtsordnung und diese als soziale Machtordnung erkennen, beseitigen wir die in der juristischen Literatur immer wieder aufgeworfene, niemals jedoch befriedigend beantwortete, weil nicht beantwortbare Frage, ob das Recht dem Staate oder umgekehrt der Staat dem Rechte vorangehe. Weder ist das positive Recht Autor des Staates, noch ist der Staat Autor des positiven Rechtes, sondern beide entstehen miteinander und bestehen durcheinander. Keine Rechtsgesellschaft kann ohne eine soziale Machtorganisation von Behörden behufs Vertretung der gesellschaftlichen Interessen, und keine soziale Machtorganisation kann ohne tatsächliche Regeln eines sozialen Verhaltens der Gesellschaftsmitglieder bestehen oder auch nur als bestehend vorgestellt werden.

Unsere Erklärung der staatlichen Rechtssubjektivität und der tatsächlichen Geltung der Rechtsregeln befreit uns ferner von der sonderbaren Annahme, daß der Staat sich selbst Imperative vorschreibt und durch diese Imperative positivrechtlich verpflichtet wird, also sein eigener Untertan sei. Mit den fiktiven Ausgangspunkten der Normentheorien wird auch diese „Konstruktion“ (deren Sonderbarkeit sich, wie oben bemerkt wurde, bis zur Absurdität steigert, wenn man den Staat selbst als eine „fingierte“ Persönlichkeit auffaßt) überflüssig. Die gesetzlichen Vorschriften werden nicht vom „Staate“, sondern von physischen Personen, denen kraft der Rechtsregeln des Gehorsams gesetzgeberische Macht zusteht, und die eben hiedurch staatliche Organe, Vertreter staatlicher Interessen sind, erlassen. Andrerseits ist es nicht der Staat, sondern es sind abermals staatliche Organe, denen durch die (auf Grund jener gesetzlichen Vorschriften geltenden) tatsächlichen Rechtsregeln öffentlichrechtliche Befugnisse und Verbindlichkeiten erwachsen. Die administrativen Staatsgewalten stehen jenen Personen zu, welche dadurch, daß sie rechtlich-soziale Machten zur Wahr-

nehmung der öffentlichen Interessen besitzen, Staatsbehörden sind; und die staatlichen Verbindlichkeiten obliegen wiederum nicht dem „Staate“, sondern jenen Personen, welchen kraft Rechtsregeln die für die öffentlichen Rechtszwecke erforderlichen Machtbeschränkungen obliegen. Wenn die zwischen den Staatsgenossen als Interessenten und den Staatsbehörden als Machthabern geteilte Rechtssubjektivität sprachgebräuchlich dem Staate beigelegt, der Staat somit als Rechtssubjekt bezeichnet wird, so findet die gleiche Metapher statt, wie jene, nach welcher wir den Pflegebefohlenen, den Verbänden und den Zweckvermögen die volle Rechtssubjektivität zuschreiben, obwohl sie dieselbe mit den Vertretern ihrer Interessen teilen. Die sprachliche Zulässigkeit dieser Metapher wurde bereits in § 20, Z. 3, und § 21, Z. 4, dargelegt. Unzulässig ist nur der Versuch, die metaphorische Redefigur für den Ausdruck eines aparten juristischen Denkens zu halten und wissenschaftlichen Erklärungen zu Grunde zu legen. Niemandem wird es beifallen, aus dem Worte „Sonnenaufgang“ die Fiktion oder gar die Realität eines Emporsteigens der Sonne über den Horizont abzuleiten; aus der Redefigur: „tapferes Heer“ zu folgern, daß neben der Tapferkeit der Soldaten und ihrer Führer noch eine besondere Tapferkeit eines idealen Willenssubjektes „Heer“ genannt, gegeben sei; oder zu behaupten, der Satz: „Die Erfahrung belehrt uns“ beweise, daß ein selbständiges denkendes Wesen „Erfahrung“ existiere. Hinsichtlich der Redefiguren des juristischen Sprachgebrauches ist noch beizufügen, daß sie auch dann bloße Redefiguren bleiben, wenn sie in Rechtsgesetzen vorkommen. Kein Cäsar kann Irreales real, Unvorstellbares vorstellbar oder Unmögliches möglich machen.

4. Wie jede altruistische Interessenvertretung trägt auch die Vertretung staatlicher Interessen einen doppelten Charakter an sich. Die Befugnisse und Verbindlichkeiten, welche einem

Staatsbeamten in und behufs Vertretung der ihm anvertrauten Interessen nach außen zukommen, sind zu unterscheiden von den ihm der staatlichen Interessengemeinschaft und deren Vertretern gegenüber zukommenden. Dieselben Handlungen, welche den Inhalt der ihm rücksichtlich der Staatsinteressen zustehenden Befugnisse gegenüber einzelnen Rechtsgenossen bilden, sind zugleich Gegenstand seiner Verbindlichkeiten gegenüber der Gesamtheit aller Rechtsgenossen, dem Staate; und als Träger der diesen Verbindlichkeiten korrespondierenden Befugnisse auf Seite der staatlichen Interessengemeinschaft fungieren in deren Vertretung andere staatliche Organe. Die Staatsbeamten werden nicht vom Staate, sondern von anderen ihnen vorgesetzten staatlichen Organen beherrscht. Somit ist auch in dem Rechtsverhältnisse der Staatsbeamten der Sprachgebrauch, welcher den Staat als Rechtssubjekt bezeichnet, dahin zu verstehen, daß die Interessengemeinschaft der Staatsbürger jedem Beamten gegenüber durch andere Beamte vertreten wird. So ergibt sich ein Komplex von einander bei Vertretung der staatlichen Interessen wechselseitig unterstützenden und beschränkenden Organen, der mit dem Ausdrucke „Behörden-“ oder „Beamtenorganismus“ durchaus zutreffend und keineswegs bloß figürlich bezeichnet wird. Nicht ganz so wissenschaftlich korrekt mag der Ausdruck „Staatsorganismus“ sein. Denn dem Staate gehören auch solche Interessensubjekte als Mitglieder an, die zu den staatlichen Zwecken nicht mitwirken, somit an dem der Realisierung der staatlichen Zwecke dienenden Machtorganismus nicht beteiligt sind; ja er umfaßt neben den Lebenden auch künftige Generationen als Interessensubjekte. Organe einer Zweckeinheit sind nur jene Elemente derselben, die nicht bloß rezeptiv an dem bezweckten Erfolge, sondern auch aktiv an der Zweckverfolgung teilnehmen.

5. Im Organismus wirken die einzelnen Organe zugleich nebeneinander, indem jedes für sich im Interesse des Ganzen

tätig ist, und durcheinander, indem sie behufs Realisierung der Einheitszwecke einander wechselseitig unterstützen, teils durch positive Förderung oder Mithilfe, teils durch Abhaltung von dem Einheitszwecke abträglichen Erscheinungen. Hiebei sind überall mehr periphere und mehr zentrale Funktionen vorhanden. Das Staatsoberhaupt ist jenes Organ, in welchem alle zur Wahrung der staatlichen Interessen bestehenden rechtlichen Machten ihren obersten Vereinigungspunkt, ihr Zentrum finden. Sämtliche übrigen staatlichen Organe unterstützen regelmäßig sein Wollen, insofern es auf gesellschaftliche Interessen gerichtet ist. Durch diesen Komplex eines regelmäßigen sozialen Verhaltens wird das Staatsoberhaupt zum Träger der höchsten rechtlichen Macht im Staate. Nach den meisten derzeit geltenden Rechtsordnungen ist die rechtliche Macht des Staatsoberhauptes von keiner Rechtsverbindlichkeit begleitet, d. h. durch keine rechtliche Macht anderer Personen beschränkt. Die Haftung oder Verantwortlichkeit des Staatsoberhauptes in Ansehung der Regierungstätigkeit ist nur eine moralische; keine positivrechtliche Schranke beengt seine Willkür. Wohl aber ist letztere durch natürliche, außerhalb des regelmäßigen rechtlich-sozialen Verhaltens der Rechtsgenossen liegende Bedingungen beschränkt. Wenn sie Ausnahmen von den geltenden Rechtsregeln eintreten läßt, so hat sie auf Seite der Rechtsgenossen einen Widerstand, einen Bruch der Rechtsregel des Gehorsams zu gewärtigen, der, solange er nicht den Charakter eines regelmäßigen Verhaltens erlangt hat, zwar unrechtmäßig ist, d. h. eine partielle Störung der rechtlichen Ordnung darstellt, aber ein natürliches Hindernis gemeinschädlicher Betätigung der Regierungsgewalt darstellt. Die Gefahr des Ungehorsams eines, sei es aktiven, sei es passiven Widerstandes gegen die Regierungsverfügungen bildet eine natürliche Beschränkung der Regierungsmacht, die freilich für die Erklärung der positivrechtlichen Stellung des Staatsoberhauptes nicht

weiter in Betracht kommt. Trotzdem muß auch beim Staatsoberhaupte die Unterscheidung zwischen sozialer Macht und natürlicher Macht begrifflich festgehalten werden, weil auch in diesem Bereiche die rechtliche Macht ausschließlich auf dem regelmäßigen rechtlich-sozialen Verhalten der Rechtsgenossen beruht. Auch in der absoluten Monarchie ist die rechtliche Macht des Monarchen bloß durch den regelmäßigen Gehorsam der Untertanen begründet. Eine absolute Macht irgend eines Gewalthabers im Sinne einer von Rechtsregeln des Gehorsams unabhängigen, also bloß natürlichen Zwangsmacht wäre ein dem Rechtsbegriff widerstreitendes, weil rein zufälliges Gewaltverhältnis und könnte keinen Bestand haben. Daß der absolute Monarch die bestehenden Gesetze jederzeit zu ändern und durch neue Gesetze neue Rechtsregeln hervorzubringen vermag, hebt den Charakter der jeweils geltenden Regeln als positives Recht nicht auf. Auch dadurch, daß der absolute Monarch in weit höherem Maße als das Staatsoberhaupt im Verfassungsstaate der Versuchung ausgesetzt ist, die Rechtsregeln zu durchbrechen, d. h. Ausnahmen von den geltenden Rechtsregeln eintreten zu lassen, wird der Bestand der letzteren, solange die bezüglichen Verfügungen eben nur Ausnahmen bilden, nicht alteriert, aus dem oft erwähnten Grunde, weil die Rechtsregeln nicht schlechthin durchgängige oder exakte, sondern bloß empirische sind. Würden die von der Rechtsregel abweichenden Verfügungen eines absoluten Monarchen so oft wiederkehren, daß sie den Charakter von Ausnahmen verlieren, so wäre dadurch die Rechtsregel selbst tatsächlich aufgehoben und es wäre im Bereiche der ihr bis dahin unterlegenen Interessen, kein positives Recht mehr in Geltung. Einen solchen Zustand herbeizuführen würde jedoch dem eigenen Interessen des absoluten Monarchen zuwiderlaufen. Gehäufte willkürliche Verfügungen möchten die von ihm selbst gegebenen Gesetze der Würde von Rechtsquellen, ihn selbst der Würde

des Gesetzgebers berauben und ihm die unerträgliche Arbeitslast aufbürden, in jedem einzelnen Falle neue Verfügungen zu treffen; vor allem aber würden sie dem Rechtsbedürfnisse der Staatsbürger in so hohem Maße widerstreiten, daß sie Unzufriedenheit und Ungehorsam, die sich leicht zu revolutionären Bestrebungen steigern, zur Folge hätten. In der Tat lehrt alle geschichtliche Erfahrung, daß absolute Monarchen sich zwar die soziale Möglichkeit, die Gesetze in einzelnen Fällen zu durchbrechen, zu bewahren bemüht sind; von solchen Ausnahmen abgesehen aber die Umsetzung ihrer Gesetzesbefehle in möglichst sichere Rechtsregeln als die wichtigste Grundlage ihres Thrones betrachten. „Justitia regnorum fundamentum" ist nicht sowohl eine ethische Norm als ein Erfahrungssatz.

6. Das Staatsoberhaupt kann eine einzige physische Person oder eine Mehrheit physischer Personen sein. Im letzteren Falle kann die Mehrheit zu einer selbständigen juristischen Person verbunden sein. Dies ist dann der Fall, wenn ihre Mitglieder nicht konkret, sondern nur durch Gattungsmerkmale bestimmte Personen, die demgemäß eine eigene gemeinschaftliche Interessensphäre besitzen, sind. In der konstitutionellen Monarchie und in den Republiken ist die oberste Regierungsgewalt geteilt zwischen einer einzelnen Person, dem Monarchen, beziehungsweise dem Staatspräsidenten, und der gesetzgebenden Körperschaft. Welcher Kategorie immer aber das Staatsoberhaupt angehöre, unter allen Umständen beruht — was auch in diesem Zusammenhange betont werden muß — seine rechtliche Stellung bloß auf dem Gesamtwillen im Sinne des regelmäßigen rechtlichsozialen Verhaltens der Rechtsgenossen. Ein positivrechtlicher Anspruch der Mitglieder einzelner Familien auf die oberste Regierungsgewalt in einem Staate besteht nur insofern, als eine diesfällige Rechtsregel in Geltung ist. Wenn ein Monarch durch einen Krieg oder einen

Volksaufstand an der Regierung gehindert wird, so ist hierin allerdings noch keine Änderung des Verfassungsrechtes gelegen. Die rechtlich-sozialen Machtverhältnisse sind auch auf dem Gebiete des Staatsrechtes überall Störungen durch den Eingriff natürlicher Gewalten, gleichviel ob dieselben von Naturereignissen, ausländischen Kriegsheeren oder inländischen Rebellen herrühren, ausgesetzt. Solche Ereignisse gestatten an und für sich noch keinen Schluß auf eine Veränderung des regelmäßigen rechtlich-sozialen Verhaltens der Staatsbürger, demgemäß auch nicht auf eine Veränderung der staatsrechtlichen Verhältnisse. Sobald wir aber nach Regeln menschlicher Erfahrung zu dem Urteile veranlaßt sind, daß die durch natürliche Gewalten herbeigeführte Depossedierung der bisherigen Monarchen nicht mehr bloß auf (dem geltenden Rechte widerstreitenden) außersozialen Einzelkräften, sondern auf einem — wäre es auch aus Motiven der Furcht entspringenden — regelmäßigen rechtlich-sozialen Verhalten der Staatsbürger beruht, dann ist das positive Recht selbst geändert, und es kann von einer darüber hinausreichenden Legitimität des entthronten Monarchen oder seiner Familie vom Standpunkte des positiven Rechtes nicht mehr gesprochen werden. In der Zwischenzeit mag ein Oszillieren stattfinden, das den Rechtszustand beeinträchtigt, vielleicht völlig aufhebt. Aber die hiedurch bedingte Rechtsunsicherheit darf uns, solange wir uns auf dem Boden des positiven Rechtes bewegen, nicht dazu verleiten, die sogenannte „Legitimität“ auf eine andere Grundlage oder Wurzel, als auf Regeln des tatsächlichen Verhaltens der Rechtsgenossen zurückzuführen. Die Aufstellung eines von dieser Grundlage unabhängigen Legitimitätsprinzipes oder Gottesgnadentums, wonach den Herrschern ein ihnen gegenüber dem Staate zustehendes, von dem regelmäßigen Wollen und Verhalten der Staatsgenossen unabhängiges selbständiges „Recht“ auf die Herrschaft zustehen soll, enthält

überhaupt keinen Rechtssatz, weil sein Inhalt nicht derjenige eines rechtlich-sozialen Verhaltens, einer — wäre es auch nur ideell vorgestellten — Rechtsregel ist; er gehört irgend welchen, sei es philosophischen, sei es religiösen Ideen von moralischen Ansprüchen und Verpflichtungen außerrechtlicher Art an. Deshalb mutet es sonderbar an, wenn manche Staatsrechtslehrer, trotzdem sie auf das Nachdrücklichste verkünden, nur positives Recht darstellen zu wollen, aus dem Gesichtspunkt eines sogenannten „Legitimitätsrechtes" entthronter Monarchen den positiven Rechtsbestand von Regierungen in Frage stellen, die, wenn auch ursprünglich durch rechtswidrige Akte eingeführt, doch seither durch zahlreiche Abstimmungen und Wahlen, durch massenhafte Äußerungen des allgemeinen positiven Rechtsgefühles, mit einem Worte durch unbestreitbare Regelmäßigkeiten eines rechtlich-sozialen Verhaltens, längst als Bestandteil einer neuen tatsächlichen Rechtsordnung erwiesen sind.

7. Staatsrecht und Regeln des Staatsbestandes sind, wie oben unter Z. 3 ausgeführt wurde, ein und dasselbe. Demzufolge ist das Grundproblem des Staates nicht in der Frage gelegen: „Wie ist der Staat als Ganzes entstanden?", sondern in der Frage: „Wie entsteht und besteht jeder einzelne Staat?" Über die Wertlosigkeit der Theorie, welche den Staat aus einem „Vertrage" hervorgehen lassen will, braucht heutzutage nicht mehr viel gesprochen zu werden. Es steht ihr zunächst die Tatsache entgegen, daß die rechtsverbindliche Kraft der Verträge erst aus dem staatlichen Rechte resultiert, daher dem Staate nicht vorangegangen sein kann (§ 18, Z. 2). Hauptsächlich aber ist es ihre Irrealität, was die Vortragstheorie zur Erklärung des Staates völlig unbrauchbar macht. Aus der tatsächlichen Natur des Staates als Rechtsgesellschaft ergibt sich, daß von einer „Entstehung" des Staates nur in demselben Sinne, wie von der Entstehung der Rechtsordnung und der

Rechtsregeln gesprochen werden kann; nämlich in dem Sinne eines unablässigen konstanten Geschehens einer ununterbrochenen Entwicklung. Von dem Werden des Staates gilt das gleiche, was oben in § 17, Z. 4, vom Werden des positiven Rechtes gesagt wurde, nämlich, daß es ein täglich und stündlich sich erneuerndes Sein ist. Die Einheit des Staates beruht ebenso wie diejenige des positiven Rechtes auf der Gleichförmigkeit und Regelmäßigkeit des rechtlich-sozialen Verhaltens, das in konstanter, den allmählichen Wechsel der Geschlechter überdauernder, tatsächlicher Geltung stehend, in jedem Augenblicke nur solchen Änderungen unterliegt, die den Charakter der Gesamterscheinung nicht alterieren. Dies ist der Grund jener Synthese, welche den Staat, ungeachtet des unaufhörlichen Wechsels seiner ihn komponierenden Mitglieder zu einem einheitlichen Ganzen gestaltet. Seine ersten Mitglieder hatten hiebei zwar weniger zahlreiche und minder intensive, aber der Art nach keine anderen Funktionen als seine dermaligen; und die Funktionen jener ersten und aller seither dahingegangenen Mitglieder vermochten zu seinem heutigen Bestande nicht mehr beizutragen, als wir zu seinem künftigen Bestande beizutragen vermögen: die Überlieferung der Rechtsregeln auf die Nachkommen durch deren Erziehung.

8. Der Begriff der Rechtsgesellschaft reicht über denjenigen des Staates hinaus. Ein Staat ist jene Rechtsgesellschaft, die grundsätzlich für alle sozialen Wohlfahrtszwecke Machtverhältnisse begründet, somit nicht auf ein besonderes Gebiet sozialer Interessen beschränkt ist. Außer und neben dieser umfassendsten gesellschaftlichen Machtorganisation können für einzelne soziale Interessensphären andere autonome Rechtsgesellschaften bestehen. Dies jedoch nur unter zwei Voraussetzungen: Die in diesen anderen Rechtsgesellschaften sozial geregelten Lebensverhältnisse müssen von den dem staatlichen Rechte jeweils unterliegenden verschieden sein, und die neben

dem Staate bestehenden Rechtsgesellschaften können keine Rechtsverhältnisse hervorbringen, deren Bestand mit den staatlichen Rechtsverhältnissen unvereinbar wäre. Würden diese Voraussetzungen nicht zutreffen, so ergäbe sich ein Widerstreit in dem sozialen Verhalten, der dessen Regelmäßigkeit, somit auch den Bestand eines positiven Rechtes aufheben würde. Ein durch solchen Widerstreit hervorgerufener Zustand des Rechtsmangels und der Unordnung könnte nur durch den Sieg staatlichen Rechtes beseitigt werden (siehe oben Z. 2).

Das historisch wichtigste Beispiel einer neben dem Staate bestehenden sozialen Machtorganisation bietet die katholische Kirche, insbesondere im Mittelalter. Sie war in Wahrheit eine positive Rechtsgesellschaft und nicht bloß ein religiöser Verein, weil sie vollkommen selbständige soziale Machtverhältnisse hervorbrachte, hauptsächlich kulturelle, vielfach auch wirtschaftliche Rechtsverhältnisse. Sie hatte allgemeine Interessen der Kirchengemeinschaft und zu kirchlichen Interessen erhobene private Interessen ihrer Mitglieder zum Gegenstande, erzeugte daher öffentliches und privates Recht. Die Befugnisse und Verbindlichkeiten, sozialen Machten und Machtbeschränktheiten bestanden unabhängig von denjenigen des staatlichen Rechtes kraft eines regelmäßigen Verhaltens der Kirchenmitglieder und der die kirchlichen Interessen vertretenden Organe. Ihre symbolische Bezeichnung war das „geistliche Schwert“, dasjenige des staatlichen Rechtes das „weltliche Schwert“; das „geistliche Schwert“ war aber nicht ein bloß geistiges, nicht ein Schwert des Geistes, sondern — als positives Kirchenrecht — ein reales Schwert, d. h. Macht. Der tiefste Grund der unaufhaltsamen Zurückdrängung des selbständige Machtverhältnisse begründenden, positiven Kirchenrechtes liegt darin, daß jene kirchenrechtlichen Machtverhältnisse zum großen Teile in die Interessensphäre des staatlichen Rechtes fielen, und daß

zwei untereinander kollidierende soziale Machtordnungen auf die Dauer nicht nebeneinander bestehen können.

Die Erscheinung, daß die Mitglieder eines Staates zugleich auch einer anderen Rechtsgesellschaft als Mitglieder angehören, bietet sich ferner dar in der Vereinigung mehrerer Staaten zu einem Bundesstaate. Jeder dieser Staaten ist eine Rechtsgesellschaft für sich; aber auch der Bundesstaat für sich ist eine Rechtsgesellschaft, welche die Angehörigen aller Einzelstaaten in sich schließt. Sowohl der Bundesstaat als die Einzelstaaten werden konstitutiert durch jene Rechtsregeln, welche in Bezug auf die für sie bestehenden besonderen Kategorien sozialer Interessen in ihrem Gebiete in Geltung stehen. So mag im Bundesstaate das rechtlich-soziale Verhalten der Staatsmitglieder und ihrer Organe die gemeinschaftlichen Interessen des auswärtigen Handels, der Kriegsrüstungen, des völkerrechtlichen Verkehres, und auch bestimmte privatrechtliche Interessengebiete betreffen, während andere Interessengebiete in jedem Einzelstaate besonderen Rechtsregeln unterliegen. Dieses Staatensystem kann nicht wohl begriffen werden, solange man an der fiktiven Voraussetzung eines persönlichen Gesamtwillens, einer Staatspersönlichkeit, welche die Rechtsregeln aus sich emanieren läßt, haftet. Lebt im deutschen Bundesstaate, in den Vereinigten Staaten Nordamerikas, in der Schweiz nur eine einzige Staatspersönlichkeit oder leben in ihnen ebensoviele Staatspersönlichkeiten als Bundesländer, Einzelstaaten und Kantone? Und wie verhalten sich im letzteren Falle die verschiedenen Staatspersönlichkeiten zueinander? Haben auch autonome Provinzen ihre besonderen rechtsschöpferischen Gesamtgeister und bestehen zwischen denselben hierarchische Über- und Unterordnungen? Unlösbare Fragen als Folgen unbegreiflicher Dogmen! Sie verschwinden, sobald wir das rechtsgesellschaftliche Zusammenleben objektiv als ein regelmäßiges Zusammenwirken der Mitglieder für gemeinschaft-

liche Interessen erfassen. Wir werden ebensowohl im Bundesstaat als in den einzelnen verbündeten Staaten und in den durch selbständige gesetzgeberische und administrative Machten organisierten Provinzen des föderalistischen Staates Rechtsgesellschaften erkennen, deren Rechtsordnungen nebeneinander bestehen, weil jeder von ihnen eine selbständige Interessensphäre und selbständige, rechtliche Machtverhältnisse begründende Regeln des sozialen Verhaltens innewohnen. Wird den Rechtsgesellschaften keine Persönlichkeit angedichtet, werden sie bloß als Interessengemeinschaften, als objektive Zweckeinheiten begriffen, deren Interessen oder Zwecke von realen willensbegabten Persönlichkeiten vertreten werden, so erscheinen uns die verschiedensten staatlichen Gestaltungen bei Rechtsgesellschaften ebenso möglich, wie bei den objektiven Einheiten, welche sich aus allem sonstigen erfahrungsmäßigen Zusammenwirken für identische Gemeinzwecke ergeben.

§ 23. Die Rechtsobjekte.

1. Jede Macht und jedes subjektive Recht als soziale Macht bedarf eines Gegenstandes, mittels dessen der ihr immanente Wohlfahrtszweck verwirklicht wird. In seiner Eigenschaft als Mittel zu einem Wohlfahrtszwecke wird der Gegenstand zum Gute, und insofern der Wohlfahrtszweck zugleich ein Rechtszweck ist, zum Rechtsgute. Gut und Rechtsgut sind für den Willen und seine Macht äußerliche Objekte, müssen aber nicht Körper sein. Auch geistige Gebilde erlangen vermöge der ihnen durch Gedächtnis und Mitteilbarkeit zukommenden Objektivität den Charakter eines realen Gutes, an welchem sich Menschen erfreuen und rücksichtlich dessen ihnen eine soziale Macht der Benützung und Verwertung zustehen kann. Daher haben auch Geisteswerke, soweit sie versinnlicht und dadurch anderen mitgeteilt werden können, eine objektive Existenz. Die Aufführung eines Musikstückes, die mündliche oder

schriftliche Wiedergabe eines literarischen Werkes, das Gebilde eines Malers, eine technische Konstruktion sind objektiv gegebene Realitäten wegen der von ihnen ausgehenden geistigen Wirkungen, Lustempfindungen und seelischen Befriedigungen. Die einem Willenssubjekte zustehende Möglichkeit, versinnlichte Geisteswerke zu genießen und durch Mitteilung an andere zu verwerten, ist eine natürliche Macht, insofern sie durch außersoziale, und eine rechtlich-soziale Macht, insofern sie durch soziale Kräfte begründet ist. Das Objekt bildet das Geistesprodukt, insofern es versinnlicht wird. Die solche Objekte betreffenden subjektiven Rechte werden zutreffend als Rechte an immateriellen Gütern bezeichnet.[43])

Faßt man das subjektive Recht als ein Verhältnis sozialer Macht auf, so ist sein Objekt identisch mit dem Objekte des mit der sozialen Macht ausgestatteten Wollens, d. i. mit jenem Gegenstande, an welchem sich der Wille und seine Macht behufs Verwirklichung des Rechtszweckes betätigt. Objekt des Eigentumsrechtes und der sonstigen dinglichen Rechte ist die körperliche oder unkörperliche Sache, Objekt der Forderungsrechte der Schuldner in seiner Eigenschaft als Vermögenssubjekt, Objekt der Herrschaftsrechte die Person des Untergebenen in dessen Eigenschaft als Willenssubjekt. Sie alle sind Rechtsobjekte, weil und insofern als sie Gutseigenschaften, sei es kultureller, sei es wirtschaftlicher Art, an sich tragen. Die subjektiven Rechte selbst sind Beziehungen der Rechtssubjekte zu Gütern, nicht aber selbst Güter. Von Rechten an Rechten kann man in genau wissenschaftlichem Sinne nicht sprechen. Dies nicht etwa deshalb, weil die subjektiven Rechte keine körperliche Natur besitzen, denn, wie bemerkt, können auch Geistesprodukte Dinge sein und kulturelle oder wirtschaftliche Brauchbarkeit besitzen; sondern aus dem Grunde, weil die subjektiven Rechte überhaupt keine Dinge, sondern Machtverhältnisse sind, denen ein kultureller oder wirtschaftlicher

Genußwert nur in übertragener Ausdrucksweise, vermöge der Gutseigenschaften ihrer Objekte, beigemessen werden kann.

2. Die Normentheorien sind durch ihren Ausgangspunkt zur logischen Konsequenz gedrängt, als vermeintliches „eigentliches" Objekt der subjektiven Rechte überall den „Willen sämtlicher durch die Normen gebundenen Rechtsgenossen" hinzustellen. Sie können aus den Normen nur Beziehungen von Menschen zu Menschen ableiten. Folgerecht erscheint ihnen das subjektive Recht als Herrschaft des einen über andere Rechtsgenossen und das Rechtsgut nur als das Medium, in Ansehung dessen eine solche Herrschaft stattfindet. Die bloße Beziehung des Berechtigten zum willenlosen Rechtsgute kann weder als Erlaubnis, noch als Pflicht gedacht werden, findet daher in einem solchen System idealer Verhältnisse keine Stelle. Schon dieser Mangel müßte, auch wenn die Begründung der Rechtslehre auf das normative Moment der Rechtsregeln nicht jenen prinzipiellen Einwendungen, denen die vorliegende Schrift anderweitig Ausdruck gibt, unterläge, Bedenken erregen. Wenn wir von einer Rechtslehre etwas verlangen dürfen, so ist es die Erklärung des „Mein und Dein", des Verhältnisses, welches wir als ein so reales vorstellen und bezeichnen, daß wir es demjenigen des Ich zu seinen einzelnen Körperteilen und zu seinen physischen und psychischen Funktionen gleichstellen. Es muß daher irgend eine reale Beziehung geben, die zum Ausdrucke kommt, wenn wir ein Ding als das „unserige", als etwas uns Zugehöriges, unser menschliches Dasein erweiterndes, unsere Wohlfahrt vermehrendes, unserer Macht Unterliegendes bezeichnen. Dieses Bedürfnis kann — wie bereits in § 3, Z. 2, gesagt wurde — durch eine Lehre nicht befriedigt werden, welche die subjektiven Rechte als bloße Reflexe gesetzgeberischer Imperative, an denen die Dinge keinen Anteil besitzen, hinstellt. Begreift man hingegen die subjektiven Rechte als reale Machten des sozialen Lebens, so wird man ihre Ob-

jekte in jenen Gegenständen erkennen, auf deren Benützung das mit jenen Machten ausgestattete Wollen gerichtet ist. Eine und dieselbe vom Wollen ausgehende Bewegung kann, je nach Verschiedenheit der Zwecke, verschiedene Handlungen darstellen. Ein Schuß z. B. kann ebensowohl einen Akt der Neugierde bilden, dessen Objekt die Schußwaffe ist, als einen Mord, dessen Objekt ein Mensch ist. Im ersteren Falle ist die Schußwaffe, im zweiten Falle der Mensch das Machtobjekt dessen, der die Waffe besitzt. Jede Handlung, somit auch jede Handlungsmöglichkeit und jede soziale Macht oder Befugnis ist nach dem Zwecke, auf den abgezielt wird, bestimmt; der Gegenstand, an welchem sich der bezweckte Erfolg vollzieht, ist das Willens- und Machtobjekt. Der Zweck der subjektiven Rechte ist nun nicht eine Gebundenheit der Rechtsgenossen, sondern ein potentieller Willenserfolg des Rechtssubjektes, der dessen Interessen dient und sich an dem Rechtsgute, dem Träger der Guteigenschaft (Sache oder Person) vollzieht. Die den Befugnissen des Berechtigten korrespondierenden Verbindlichkeiten aller anderen Rechtsgenossen beschränken diese bloß in der natürlichen Macht, jene Interessenbefriedigung des Berechtigten (die Betätigung seiner Macht am Objekte) zu stören, machen sie aber keineswegs zu Rechtsobjekten. Die Qualifikation des Rechtsobjektes haben Rechtsgenossen nur dann, wenn sie zugleich Träger jener Gutseigenschaft sind, deren Ausnützungsmöglichkeit das subjektive Recht bezweckt, wenn sie also neben ihrer Eigenschaft als Rechtsgenossen weiters noch die Eigenschaft eines Schuldners oder eines Untergebenen an sich tragen. Weil diese ihre Funktion als Rechtsobjekt sie ihrer Eigenschaft als Rechtsgenossen nicht beraubt, nimmt sie nicht den Charakter eines Sklaventums, sondern den Charakter besonderer, ihnen obliegenden Rechtsverbindlichkeiten an. Dasselbe Rechtsverhältnis, welches für den Berechtigten Be-

fugnisse und für alle Rechtsgenossen als solche Verbindlichkeiten begründet, legt den zugleich als Rechtsobjekt fungierenden Rechtsgenossen besondere Verbindlichkeiten auf, die den übrigen Rechtsgenossen nicht zukommen. So sind der Schuldner, der Steuerträger, der einer Familiengewalt Untergebene, der Beamte, insofern er einer höheren Obrigkeit untersteht, nicht bloß mit den ihnen als Rechtsgenossen obliegenden, sondern überdies noch mit besonderen Rechtsverbindlichkeiten belastet, die aus ihrer Stellung als Objekte der korrespondierenden rechtlichen Macht des Gläubigers, des Staates, des Familienvaters, resultieren. Die den letzteren gegenüber allen Rechtsgenossen bloß als solchen zukommende Geltung wird hiedurch nicht alteriert.

Allerdings ergreift die rechtliche Macht die Rechtsobjekte nur im Rahmen der sozialen Ordnung der Aufrechterhaltung eines rechtsgesellschaftlichen Lebens. Würde z. B. der Eigentümer und Besitzer eines Reitpferdes der natürlichen Macht, dasselbe zu bemeistern, ermangeln, so gewährleistet ihm sein Eigentumsrecht nicht die Macht zur Bändigung des vom Pferde ausgehenden Widerstandes; und wäre ihm das Pferd entlaufen, so würden die (in diesem Falle auf die Wiedererlangung des Besitzes gerichteten) Eigentumsbefugnisse nicht beinhalten, daß der Gesamtwille dem Eigentümer behilflich sei, nach dem Pferde zu suchen und etwaige der Wiedererlangung des Besitzes entgegenstehende natürliche Hindernisse zu beseitigen. Denn nicht gegenüber den Naturkräften, sondern gegenüber menschlichen Kräften und unter menschlichen Kräften besteht eine soziale Machtordnung. Um sich die Überwindung natürlicher Hindernisse zu sichern, müßte der Eigentümer ein anderes Recht, nämlich ein die erforderlichen Dienstleistungen betreffendes Forderungsrecht erwerben. Das Objekt dieser Dienstleistungsforderung wäre sodann nicht das Pferd, sondern der zur Dienstleistung Verbundene (als

Vermögenssubjekt). Hieraus aber zu folgern, daß nicht das Pferd, sondern der Wille der Rechtsgenossen das Machtobjekt des Eigentumsrechtes bilde, wäre ein Trugschluß. Jede Macht, sowohl die natürliche Macht des isolierten Lebens, als die rechtliche Macht im Gesellschaftsleben, ist ein in sich selbst abgeschlossenes Verhältnis von größerem oder geringerem Umfange. Ihr Objekt bleibt, in welchem Umfange immer sie bestehen mag, dasjenige Gut, auf dessen Schicksal die Willensenergie des Machtsubjektes potentiell gerichtet ist. Der Lokomotivführer hat die natürliche Macht, den fahrenden Eisenbahnzug zu bremsen, oder ins Verderben dahinrollen zu lassen; das Objekt dieser Macht ist der Eisenbahnzug, und bleibt es auch dann, wenn jene natürliche Macht dadurch begrenzt ist, daß neben dem Führer ein Heizer steht, der sich ihrer Betätigung widersetzen kann. In gleicher Weise ist als Objekt rechtlich-sozialer Macht derjenige Gegenstand anzusehen, dessen Genuß dem Rechtssubjekte rechtlich gewährleistet ist, trotzdem die Gewährleistung nicht schlechthin, sondern nur den Rechtsgenossen gegenüber stattfindet, somit gegenüber natürlichen Hindernissen nicht besteht. So mag auch ein durch magnetische Kraft bewerkstelligter Zusammenhang zweier Metalle den stärksten mechanischen Losreißungsversuchen widerstehen, unter dem Einflusse einer geringen elektromagnetischen Induktion aber gelöst werden; niemand wird behaupten wollen, daß die beide Metalle verbindende Kraft „eigentlich" die Losreißungskräfte zum Gegenstande habe, weil sie diesen gegenüber Widerstand leistet. Dasselbe aber, was von der einem Wesen innewohnenden Energie gilt, gilt auch von den sie unterstützenden, auf denselben Arbeitseffekt gerichteten Energien anderer Wesen, also von der durch die Unterstützungen begründeten Macht, sei sie nun eine natürliche oder eine soziale. Da die durch unterstützende fremde Energien einem Willenssubjekte verliehene Macht auf denselben Erfolg, wie

die Energien gerichtet ist, so hat sie eben jenen Gegenstand, an dem sich der Erfolg vollzieht, zum Objekte.

3. Zugleich mit der Annahme, das „eigentliche" Objekt aller subjektiven Berechtigungen sei in dem Willen der Rechtsgenossen gelegen, muß die Unterscheidung zwischen sogenannten absoluten Rechten, die gegenüber allen Menschen und relativen Rechten, die nur gegenüber einzelnen Menschen gelten, sofern sie eine grundlegende sein will, abgelehnt werden. Diese Unterscheidung hat keine pragmatischen Erfolge aufzuweisen und konnte keine solchen hervorbringen, weil sie bloß Äußerlichkeiten der Rechtsbetätigungen betrifft, ohne deren inneren Grund bloßzulegen. Jedes subjektive Recht gilt — unbeschadet seiner Elastizität (§ 27) — gegenüber allen Rechtsgenossen. Verschieden ist bei den einzelnen Rechtsgenossen nur die Möglichkeit einer Störung, insofern als manche Rechtszwecke von allen Rechtsgenossen, manche nur von besonderen Klassen, manche nur von einzelnen Menschen angegriffen werden können. Die Übergänge sind hiebei unendlich zahlreich. Selbst das Eigentumsrecht, das vermeintlich „absoluteste" aller Rechte, ist nach mancher Richtung Störungen nur seitens einzelner bestimmter Personen, z. B. eines Gutsnachbarn, zugänglich. Andrerseits kann auch das vermeintliche „relativste" aller Rechte, das Forderungsrecht, von anderen Personen als dem Schuldner verletzt und anderen Personen gegenüber geltend gemacht werden, z. B. bei Prioritätsstreitigkeiten, bei Konkurrenz oder Anfechtung im Konkurse. Freilich ist die dem Schuldner obliegende Rechtsverbindlichkeit im Forderungsverhältnisse eine andere und weitergehende, als diejenige dritter Personen. Diese Verschiedenheit der Rechtsstellung hat jedoch ihren Grund nicht in einer „Relativität" des Forderungsrechtes, sondern, wie oben bemerkt, darin, daß der Schuldner nicht bloß Rechtsgenosse, sondern als Vermögenssubjekt zugleich Träger eines Rechtsgutes, somit

Rechtsobjekt ist. Infolge dieser Eigentümlichkeit des Rechtsgutes als eines persönlichen beinhaltet das Recht des Gläubigers dem Schuldner gegenüber eine speziellere Art sozialer Macht, die in § 28, Z. 6 näher zu beschreiben sein wird. Hiedurch wird jedoch die allgemeine oder, wie man sagt, absolute Geltung des Forderungsrechtes in dem Sinne, daß die darin enthaltene soziale Macht gegenüber jedermann, der den Willenserfolg des Gläubigers zu stören oder zu beeinträchtigen die isolierte Macht besäße, besteht und — soweit ihr Wesen es gestattet — betätigt werden kann, nicht berührt. Das gleiche gilt von den Herrschaftsrechten, welche dem Vater gegenüber dem Kinde, dem Herrscher gegenüber dem Untertan, dem Beamten gegenüber dem Untergebenen zustehen. Die der Herrschaft Unterliegenden sind, unbeschadet ihrer Eigenschaft als Rechtsgenossen, zugleich Träger jener Gutseigenschaften, mittels deren der Wohlfahrtszweck des Herrschaftsverhältnisses betätigt wird und insofern Rechtsobjekte. Diese ihre Eigenschaft macht sie zum Interessen- und Machtobjekt besonderer, dem Herrscher, Familienoberhaupt, behördlichen Organe nur ihnen gegenüber zustehender Befugnisse. Hieraus folgt jedoch keineswegs, daß dieses Rechtsverhältnis der Herrschaft für die anderen Rechtsgenossen nicht bestünde und gegenüber allfälligen, von ihnen ausgehenden Störungen nicht zur Geltung gebracht werden könnte.[44])

VII. Kapitel.

Das Wesen der subjektiven Rechte.

§ 24. Subjektives Recht, Befugnis und Anspruch.

1. „Verhältnis", somit auch „Rechtsverhältnis", ist eine vom erkennenden Geiste vollzogene Verbindung eines Dinges (im weitesten Sinne) mit anderen Dingen, setzt somit die verbundenen Dinge mit ihren Eigenschaften als bereits gegeben und zugleich ein außerhalb ihrer liegendes, sie verbindendes Prinzip (fundamentum relationis) voraus. In diesem Sinne werden die Rechtsverhältnisse durch die dem regelmäßigen rechtlich-sozialen Verhalten innewohnenden Zwecke begründet. Die Personen, deren durch Wohlfahrtsinteressen bestimmte rechtliche Macht den Inhalt eines Rechtszweckes bildet, sind die Subjekte des Rechtsverhältnisses. Nach dieser subjektiven Seite angesehen bezeichnet man die Rechtsverhältnisse, und zwar sowohl die generellen Rechtsverhältnisse als die speziellen Rechtsverhältnisse oder Befugnisse (§ 6, Z. 6), als subjektive Rechte. Diese können nur Handlungen oder Unterlassungen zum Gegenstande haben. Denn da Macht nichts anderes als das Vorhandensein, und Machtbeschränktheit nichts anderes als Mangel oder Beschränktheit der äußeren Bedingungen eines Willenserfolges ist, so können wir von rechtlicher Befugnis nicht sprechen, ohne die Vorstellung einer Willensenergie, d. i. einer potentiellen Handlung oder Unterlassung, in Ansehung deren die Befugnis als soziale Macht besteht. Da ferner jede Willensbetätigung eine Wohlfahrt (sei es egoi-

stisch die eigene, sei es altruistisch eine fremde Wohlfahrt) bezweckt, zu deren Verwirklichung ein Objekt, das insofern als „Gut" erscheint, erforderlich ist, so besteht das Wesen des subjektiven Rechtes in der rechtlich-sozialen Möglichkeit oder Macht, einen Gütergenuß zu bewerkstelligen. In diesem Begriffe der auf einen Wohlfahrts- oder Genußzweck gerichteten rechtlich-sozialen Macht sind die zuerst von Ihering scharf unterschiedenen, jedoch unvermittelt nebeneinander gestellten beiden Momente des subjektiven Rechtes, das Willensmoment und das Moment des Genusses, synthetisch zu einer einheitlichen Vorstellung vereinigt, und die formale Vorstellung: „soziale Macht" durch einen Wohlfahrts- oder Genußzweck determiniert, d. h. als Macht einen Genuß herbeizuführen, näher bestimmt. Demgemäß kann eine kurze Umschreibung das subjektive Recht als „rechtlich-soziale Genußmöglichkeit" bezeichnen. Vollständig ist die Begriffsbestimmung: Subjektives Recht ist das Verhältnis zwischen einem oder mehreren Macht- und Interessensubjekten einerseits und einem Träger von (persönlichen oder wirtschaftlichen) Gutseigenschaften als Objekt andrerseits, dessen Grundlage der Zweck des Gesamtwillens ist, dem Interessensubjekte die soziale Möglichkeit einer Benützung des Objektes zu gewähren.[45])

2. Von den subjektiven Rechten ist die Anwartschaft auf deren Erwerbung zu unterscheiden, welche darauf beruht, daß zwar noch nicht der ganze, für die Entstehung des subjektiven Rechtes erforderliche Tatbestand, wohl aber ein größerer oder geringerer Teil desselben, gegeben ist. Die Anwartschaft wieder ist zu unterscheiden vom bedingten Rechte, bei dem im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit seiner Entstehung einzelne Rechtswirkungen bereits gegeben sind. Beim bloß befristeten Rechte steigert sich diese Wahrscheinlichkeit

zur Gewißheit künftiger Entstehung und dementsprechend der Umfang der vorläufigen Rechtswirksamkeit. Diese Verhältnisse spielen im Rechtsleben die Rolle von Zwischenstufen oder Übergangsstadien, wie solche auch auf anderen Erfahrungsgebieten vielfach vorkommen und werden hier nur deshalb berührt, weil ihre nicht eben seltene Verwechslung mit den vollen subjektiven Rechten zu einem scheinbaren Einwande gegen unsere Definition des subjektiven Rechtes als rechtlich-sozialer Macht verleiten könnte. Die Gefahr einer solchen Verwechslung obwaltet insbesondere auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes rücksichtlich der allgemeinen Machtsphären der staatlichen Behörden. Der gewöhnliche Sprachgebrauch nimmt keinen Anstand, die Machtsphären der staatlichen Organe als staatliche „Rechte“ zu bezeichnen, z. B. davon zu sprechen, daß den Gerichten „das Recht“, Strafen innerhalb der gesetzlichen Grenzen zu verhängen, oder daß den Baubehörden „das Recht“, gefahrdrohende Bauten einzustellen, oder daß den Eisenbahnbehörden „das Recht“, Eisenbahnen im Falle vorschriftswidrigen Betriebes zu sequestrieren, zustehe. Diese sogenannten „Rechte“ sind, so lange die bezüglichen Tatbestände nicht vorliegen, in Wahrheit keine subjektiven Rechte, sondern bloße Anwartschaften. Die entsprechenden subjektiven Rechte und die ihnen korrespondierenden Verbindlichkeiten sind als konkrete Erscheinungen des Rechtslebens erst dann vorhanden, wenn die ihren Inhalt bildenden Machten und Machtbeschränktheiten reale Geltung haben, was eben nur bei Eintritt der sie bedingenden Tatbestände der Fall ist.

3. Während Befugnis ein durch die primäre tatsächliche Geltung der Rechtsregeln begründetes tatsächliches Verhältnis ist, bedeutet „Rechtsanspruch“, als Gegenstück der Rechtspflicht, die der sekundären normativen Geltung der Rechtsregeln entsprechende ethische Funktion der Befugnisse. Ebenso wie gemäß den Ausführungen in § 10 Rechtspflicht eine rechtliche

Verbindlichkeit, setzt Rechtsanspruch eine Befugnis voraus. Beide sind Vorstellungen ethischer Werte, welche der Befugnis, beziehungsweise der Verbindlichkeit infolge des ethischen Wertes der Rechtsordnung als einer sozialen Machtordnung innewohnen. In gleicher Weise wie die Machtbegriffe: Befugnis und Verbindlichkeit, sind die ethischen Begriffe: Rechtsanspruch und Rechtspflicht untereinander korrelativ; und ebenso wie es sinnlos ist, von einer Pflicht und von einem pflichtmäßigen oder pflichtwidrigen Verhalten einer Person zu sprechen, der die Möglichkeit zur Selbstbestimmung im Sinne der die betreffende Pflicht begründenden Norm fehlt, kann auch ein Anspruch nur gegenüber einer, solcher Selbstbestimmung fähigen Person gedacht werden. Gegenstand des Anspruches ist die Erfüllung einer Rechtspflicht, welche den Rechtsgenossen aus der sekundären normativen Funktion der tatsächlich geltenden Rechtsregeln erwächst; und Verletzung des Rechtsanspruches ist zugleich Verletzung der Rechtspflicht. Demzufolge kann der Begriff „subjektives Recht“ nicht durch den Begriff „Anspruch“ erklärt werden; vielmehr erwachsen Ansprüche nur aus der ethischen Beurteilung eines vorausgehenden subjektiven Rechtes. Wenn und insoweit wir die subjektiven Rechte als tatsächliche Erscheinungen des Rechtslebens theoretisch betrachten, müssen wir von der ethischen Bewertung ihrer Befugnisse als Rechtsansprüche ebenso absehen, wie von der ethischen Bewertung der korrespondierenden Verbindlichkeiten als Rechtspflichten.[46])

Da die juristische Literatur bisher den Unterschied zwischen der tatsächlichen und normativen Geltung der Rechtsregeln nicht aufgestellt oder doch nicht als Grundlage der Erklärung der Rechtsverhältnisse verwertet hat, so konnte sie zu einer deutlichen Unterscheidung zwischen Befugnis und Anspruch und demzufolge auch zu einem klaren Begriff: „Rechtsanspruch“ nicht gelangen. Bald wird Anspruch durch Befugnis, bald

wieder Befugnis durch Anspruch erklärt. Überall findet man den Zirkel: das subjektive Recht ist seinem Wesen nach Anspruch des einen Rechtsgenossen gegen die anderen; Anspruch ist das subjektive Recht anzusprechen. Das „Ansprechen“ als Handlung ist eine für das rechtsgesellschaftliche Leben höchst irrelevante Betätigung menschlicher Sprachwerkzeuge, eine res merae facultatis und bleibt eine solche, auch wenn man sie durch „Anrufen“ oder „Verlangen“, idem per idem, ersetzt. Will man aber mit „Anspruch“ ein „Recht: anzusprechen“, „eine Befugnis: zu verlangen“ ausdrücken, so ist Recht oder Befugnis das prius, der allgemeine Begriff, der festgestellt sein muß, bevor man ihn als „Anspruch“ näher bestimmt. Aller dieser Verwirrungen können wir nur dann Herr werden, wenn wir uns auf den Boden der sozialen Tatsachen begeben und diese von ihrer ethischen Beurteilung streng absondern. Wir werden sodann leicht erkennen, daß die durch die positive Rechtsordnung jemanden verliehene Macht oder Befugnis, seinen Willen zu betätigen, neben ihrer tatsächlichen Geltung einen (durch die ethische Bedeutung der positiven Rechtsordnung begründete) ethischen Wert, also den Charakter eines ethischen Verhältnisses besitzt. Für dieses ist die Bezeichnung als Rechtsanspruch passend, ebenso wie für die ethische Bedeutung der Rechtsverbindlichkeit die Bezeichnung als Rechtspflicht angemessen ist. Die tatsächlich geltenden Befugnisse werden sekundär von dem ethischen Anspruch auf soziale Unterstützung durch jeden einzelnen Rechtsgenossen begleitet. Die Art der Willensbetätigungen, welche den möglichen Gegenstand von Befugnissen und Ansprüchen bilden, sollen in den folgenden §§ 27 bis 31 dargelegt werden. Vorher jedoch erscheint es erforderlich, die Einteilung der subjektiven Rechte einerseits in solche des öffentlichen Rechtes und Privatrechtes, andrerseits in solche des Personenrechtes und des Vermögensrechtes, von unserem Standpunkt aus in Kürze zu beleuchten.

§ 25. Öffentliche und private subjektive Rechte.

1. Daraus, daß alle Rechtsregeln und alle Rechtsverhältnisse durch Wohlfahrtszwecke bestimmt sind, ergibt sich eine Unterscheidung zwischen solchen Rechtsregeln und Rechtsverhältnissen, welche unmittelbar gemeinschaftliche Interessen einer Rechtsgesellschaft und solchen, welche unmittelbar einzelne Interessen betreffen: „Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae (scil. publicae) spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem, sunt enim quaedem publice utilia, quaedam privatim.“ Diese an die Spitze der römischen Rechtslehre gestellte Unterscheidung ergibt sich aus der Natur des positiven Rechtes als der von Interessen bestimmten sozialen Machtordnung. Nur mißverständlich wird sie öfters aus dem Grunde bemängelt, daß auch die Privatrechtsordnung im öffentlichen Interesse gelegen ist. Allerdings dienen die Rechtsregeln und Rechtsverhältnisse des Privatrechtes nicht minder als diejenigen des öffentlichen Rechtes sozialen Interessen. Nur diese motivieren das rechtlich-soziale Verhalten. Innerhalb der sozialen Interessen aber sind zwei Kategorien zu unterscheiden: Jene Interessen, die an und für sich soziale oder öffentliche sind, weil sie eine unmittelbar allen Rechtsgenossen zu statten kommende Wohlfahrt (publica utilitas) betreffen, und jene Interessen, die an und für sich vereinzelte, jedoch im sozialen Interesse rechtlich geregelte sind (privata utilitas). In den privatrechtlichen Verhältnissen ist das soziale Interesse ein durch ein einzelnes Interesse vermitteltes und bedingtes, es fällt weg, sobald das Einzelinteresse erlischt. Die der Privatrechtsordnung innewohnenden sozialen Interessen setzen Einzelinteressen notwendig voraus und es ist ihnen Rechnung getragen, wenn den Subjekten dieser Einzelinteressen (oder anderen Personen für diese) die zu deren Betätigung erforderlichen Machten verliehen sind. Dieser Kategorie so-

zialer Interessen steht die andere, öffentlichrechtlich gegenüber, welche Güter betrifft, die unmittelbar der Wohlfahrt aller Rechtsgenossen dienen, die somit ein Einzelinteresse nicht nur nicht voraussetzen, sondern vielmehr ausschließen. Deshalb ist es ganz richtig, zu sagen, daß im Privatrechte Interessen einzelner Personen, im öffentlichen Rechte Interessen der Gesamtheit aller Rechtsgenossen Gegenstand der Gewährleistung sind, wenn es auch ebenso richtig ist, daß die Gewährleistung selbst dort wie hier im Interesse aller Rechtsgenossen, nämlich als Rechtsordnung überhaupt, erfolgt.

2. Der Unterschied zwischen den im öffentlichen Interesse gewährleisteten Privatinteressen Einzelner und den unmittelbar öffentlichen Interessen hat zugleich eine Verschiedenheit in der Subjektivität der korrespondierenden rechtlichen Machten oder Befugnisse zur Folge. In den Verhältnissen des öffentlichen Rechtes stehen die Befugnisse zur Wahrung der öffentlichen Interessen den dafür bestehenden Organen, in den Verhältnissen des Privatrechtes stehen die Befugnisse zur Wahrung der Privatinteressen deren Subjekten (oder anderen Rechtsgenossen in deren Vertretung) zu. In der staatlichen (ebenso wie in jeder anderen) Rechtsgesellschaft sind somit alle öffentlichen subjektiven Rechte solche des Staates (oder der sonstigen Rechtsgemeinschaft) und eben deshalb zugleich solche, die staatliche (rechtsgemeinschaftliche) Interessen zum Gegenstande haben. Das Wesen der staatlichen Rechte liegt darin, daß der Staat ihr Subjekt ist und zugleich darin, daß sie staatliche Interessen betreffen. Den einzelnen Staatsgenossen als solchen stehen gegenüber dem Staate keine öffentlichrechtlichen Befugnisse, sondern bloß rechtsgeschäftliche Machten zu. Denn es enthält einen Widerspruch, zu sagen, jemand habe eine rechtlich-soziale Macht zur Wahrung eines öffentlichen Interesses, ohne ihn zugleich als Vertreter eben dieses Interesses zu erklären. Wo immer wir daher von Rechten Einzelner als

Subjekten gegenüber dem Staat als Objekt sprechen, können dieselben nur einen privatrechtlichen Inhalt (privata utilitas) besitzen. Dies gilt auch dann, wenn ein öffentlichrechtliches Verhältnis den Tatbestand bildet, aus welchem ein Recht des Einzelnen gegen den Staat hervorgeht (z. B. Ansprüche des Beamten auf Verwendung im Amte, auf Gehalt, Pension usw.). Dagegen kommen rechtsgeschäftliche Machten zur Begründung öffentlichrechtlicher Verhältnisse den einzelnen Rechtsgenossen vielfältig zu. Die rechtsgeschäftlichen Machten gehören, wie in § 19 ausgeführt wurde, nicht zum Inhalte der Rechtsverhältnisse, und zwar auch dann nicht, wenn der Bestand eines Rechtsverhältnisses eine Voraussetzung der rechtsgeschäftlichen Macht bildet. Das Rechtsverhältnis ist in diesem Falle nur ein Tatbestand, an dessen Vorhandensein die Entstehung oder Endigung eines anderen Rechtsverhältnisses geknüpft ist. Privatrechtsverhältnisse können derart einen Tatbestand als Voraussetzung für die Entstehung öffentlichrechtlicher Verhältnisse und öffentlichrechtliche Verhältnisse können einen Tatbestand als Voraussetzung für die Entstehung privatrechtlicher Verhältnisse abgeben. Es kommt aber bei der Beantwortung der Frage, ob ein Rechtsverhältnis dem öffentlichen Rechte oder dem Privatrechte angehört, *nicht auf die Bedingungen seiner Entstehung*, sondern auf seinen *Inhalt*, auf das Wesen und den Zweck der ihm entspringenden *Befugnisse und Verbindlichkeiten* an. Die Ehe ist ein privatrechtliches Verhältnis, obwohl die rechtsgeschäftliche Macht des Standesbeamten zu ihrem Zustandekommen mitwirken muß; der Zivilprozeß ist ein öffentlichrechtliches Verhältnis, obwohl Privatpersonen die rechtsgeschäftliche Macht besitzen, ihn herbeizuführen; Eigentum entsteht durch Tradition, aber auch durch richterliche Adjudikation, und erlischt durch Derelinquierung, aber auch durch behördliche Expropriation; das Rechtsverhältnis des Kurators ist ein privatrechtliches, obwohl er

amtlich ernannt wird; und die behördlichen Ämter sind öffentliche, auch wenn die Beamten von einzelnen Personen auf Grund eines privatrechtlichen Verhältnisses (z. B. Grundbesitz, Beruf, Familienstand usw.) gewählt werden.

Der Gegensatz zwischen subjektiven Privatrechten und subjektiven öffentlichen Rechten zeigt sich am lehrreichsten bei deren Zusammentreffen im Zivilprozeß. Die Geltendmachung des subjektiven Privatrechtes im Zivilprozeß mittels Leistungsklage besteht in der Ausübung einer dem subjektiven Rechte innewohnenden Befugnis, die wir in § 31 als „Nehmebefugnis" charakterisieren werden. Die materiellrechtliche Macht, die sich derart betätigt, ist eine privatrechtliche, weil sie ein Interessenobjekt des Klägers zum Gegenstande hat. Die prozessuale Rechtshilfe aber, mittels deren jene privatrechtliche Macht ausgeübt wird, ist die Betätigung von, den gerichtlichen und Vollstreckungsorganen zustehenden, durchaus öffentlichrechtlichen Machtbefugnissen. Diese prozeßrechtlichen Befugnisse der Gerichtsbehörden entstehen erst durch prozessuale Parteienanträge, welche nach dieser Richtung rechtsgeschäftlicher Natur sind und als Bedingungen für die Entstehung jener staatlichen Befugnisse dem öffentlichen Rechte angehören. Denselben Charakter rechtsgeschäftlicher öffentlichrechtlicher Akte tragen alle sonstigen an Staatsbehörden gerichteten Anträge und Beschwerden, gleichviel, ob sie privatrechtliche oder öffentlichrechtliche Interessen betreffen, an sich. Rechtliche Machten oder Befugnisse zur Vertretung der staatlichen Interessen hingegen besitzen bloß die hiezu berufenen staatlichen Organe. Wo etwa einzelne Personen ein Interesse des Staates zu betätigen berechtigt sind, fungieren sie eben hiedurch als dessen Organe; wo sie ein staatliches Interesse realisieren, ohne hiezu kraft Rechtsregeln befugt zu sein, üben sie keine rechtliche, sondern bloß eine natürliche Macht aus.

Ebenso unstatthaft ist andererseits die Annahme, daß der Staat private Interessen und auf diese bezügliche Rechte besitze. Denn die Gesamtheit der Rechtsgenossen besteht nur auf Grund gemeinschaftlicher Interessen und kann nur rücksichtlich solcher als Rechtssubjekt bezeichnet werden. Dies gilt auch von den staatlichen Vermögensrechten. Deren teilweise Gleichstellung mit den Privatrechten beruht nur darauf, daß die öffentlichrechtlichen Machten rücksichtlich der öffentlichen Vermögensinteressen in denselben Prozeßformen betätigt, und deshalb unter gleiche Klassen gebracht werden, wie die privatrechtlichen Machten. Diese formale Gleichstellung der die vermögensrechtlichen Staatsinteressen betreffenden Befugnisse mit den privatrechtlichen Interessen findet in dem Ausdrucke „private Vermögensrechte des Staates" eine abgekürzte Bezeichnung, die jedoch die Tatsache nicht verschleiern darf, daß der Staat seinem Begriffe und innersten Wesen nach niemals Subjekt eines privaten Interesses und seine Organe als solche niemals Vertreter von Privatinteressen sind. Sie greift nur deshalb Platz, weil die staatlichen Organe sich, ebenso wie alle anderen Rechtsgenossen, nicht immer den Rechtsregeln gemäß verhalten, noch verhalten können. Wäre der Staat wirklich, wie zumeist gelehrt wird, ein selbständiges, einheitliches Willenssubjekt, eine Persönlichkeit, so würden seine verschiedenen Behörden nur ein einheitliches Wollen, und zwar nur ein den rechtlich-sozialen Interessen, d. h. den Rechtsregeln gemäßes Wollen betätigen. Ein solches einheitliches, das Recht aus sich selbst produzierendes Willenssubjekt könnte kein Unrecht tun und die Rechtsordnung bedürfte rücksichtlich der staatlichen Interessen keiner Trennung der richterlichen Behörden von den administrativen. Die Verwaltungsbehörden würden Güter im staatlichen Interesse niemals anders als rechtmäßig in Besitz nehmen und benützen; sie würden den Privatrechten der Rechtsgenossen spontan Rechnung tragen und den

daraus resultierenden Verbindlichkeiten ausnahmslos gerecht werden. Da aber die sogenannte „Staatspersönlichkeit“ nur eine Fiktion ist, da in Wahrheit der „Staat“ weder rechtmäßig noch unrechtmäßig handelt, weil er überhaupt nicht handeln kann, da vielmehr nur einzelne Menschen, die wie alle anderen, Fehlern und Irrtümern ausgesetzt sind, in seinem Interesse handeln, so ist überall dort, wo die staatlichen Interessen mit Einzelinteressen konkurrieren, eine ähnliche Ordnung erforderlich, wie bei der Konkurrenz der Privatinteressen untereinander. Den Privatberechtigten wird staatliche Rechtshilfe durch die dazu berufenen Organe auch gegenüber den Staatsorganen gewährt; und die Staatsorgane sind in gleicher Weise wie die Privatberechtigten auf die Rechtshilfe durch die hiefür kompetenten Staatsorgane angewiesen. Doch gibt es weite Gebiete des öffentlichen Vermögensrechtes, in welchen die Vertretung der öffentlichen Interessen an die für Privatrechte geltenden Formen der Rechtshilfe nicht gebunden sind. Steuern und öffentliche Abgaben können von den administrativen Behörden auch ohne gerichtliche Intervention eingehoben werden. Materiellrechtlich sind diese Rechte von anderen Forderungsrechten des Staates nicht verschieden; ein Unterschied waltet nur darin ob, daß die Machtbetätigung rücksichtlich der öffentlichen Abgaben an die für privatrechtliche Forderungen geltenden Formen gerichtlicher Prozedur nicht gebunden ist, während bei anderen staatlichen Forderungen diese Formen beobachtet werden müssen.[47])

§ 26. Herrschaftsrechte und Vermögensrechte.

1. Während die Einteilung in öffentlichrechtliche und privatrechtliche Verhältnisse auf Unterschieden der Rechtssubjektivität beruht, werden auf Grund von Unterschieden der Rechtsobjekte die Rechtsverhältnisse in solche persönlicher Herrschaft und in solche des Vermögens eingeteilt. Alle Güter

sind entweder persönliche oder wirtschaftliche. Die persönlichen Güter bestehen in menschlichen, psychischen oder physischen, Eigenschaften, soweit diese positivrechtlich als solche, somit nicht als Vermögenswerte, behandelt werden. Wir dürfen die subjektiven Rechte, deren Objekt persönliche Güter sind, als solche der persönlichen Herrschaft bezeichnen. Wirtschaftliche Güter hingegen sind alle Dinge, welche im positiven Rechte als Repräsentanten eines Vermögenswertes behandelt werden, gleichviel ob sie körperliche Sachen, Geisteswerke oder Menschen in deren Eigenschaft als Träger wirtschaftlich verwertbarer Eigenschaften sind. Zu den wirtschaftliche Güter betreffenden Rechtsverhältnissen gehören somit auch die vermögensrechtlichen Forderungen, gleichviel ob sie den Empfang von Sachen oder den Empfang wirtschaftlicher, einen Vermögenswert bildender persönlicher Leistungen des Schuldners bezwecken. Sowohl die subjektiven Rechte an wirtschaftlichen Gütern, wie die subjektiven Rechte an persönlichen Gütern, können öffentliche oder private sein, je nachdem sie öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Interessen dienen. Die Einteilung einerseits in öffentlichrechtliche und privatrechtliche, andrerseits in Rechtsverhältnisse der Herrschaft und des Vermögens durchkreuzen einander; es gibt öffentliche Rechte persönlicher und öffentliche Rechte wirtschaftlicher Art; und ebenso Privatrechte persönlicher und Privatrechte wirtschaftlicher Art.

2. Objekt der persönlichen Rechte ist zunächst der eigene Leib und die eigene Seele des Rechtssubjektes. Denn vermöge des Selbstbewußtseins, des Selbstgefühls und der Selbstbestimmung des Menschen kann er sich selbst betrachten, sich seiner selbst erfreuen und sich selbst zu Handlungen oder Unterlassungen entschließen. Bei allen diesen geistigen Selbstbetätigungen ist er Störungen und Hemmungen seitens seiner Mitmenschen ausgesetzt, denen gegenüber soziale Unterstützung,

somit soziale Macht stattfindet. Daß jeder einzelne inmitten seiner vielfach von Haß, Habsucht, Roheit, Blutdurst erfüllten menschlichen Umgebung ein integres Leben führen kann, verdankt er zum größten Teile nicht seiner natürlichen Macht, sondern der ihm zur Seite stehenden sozialen Hilfe seiner Rechtsgenossen. Die ihm derart innerhalb der Rechtsgesellschaft gewährten Möglichkeiten des Genusses seiner selbst, seines körperlichen und geistigen Daseins und Wirkens, sind nichts anderes als eine Reihe sozialer Machten oder Rechtsbefugnisse. Faßt man alle diese einzelnen Befugnisse unter einen einheitlichen Rechtszweck zusammen, so ergibt sich ein Rechtsverhältnis jedes einzelnen zu seinen, den Zusammenhang mit Personen und Sachen außer ihm vermittelnden Organen, dessen Begriff keinen größeren Schwierigkeiten unterliegt, als die Vorstellung des natürlichen Verhältnisses, in welchem das menschliche „Ich“ zu seinen einzelnen geistigen und körperlichen Organen steht. Dürfen wir dieses natürliche Verhältnis „Selbstbeherrschung“ nennen, so wird auch das ihm korrespondierende Rechtsverhältnis als Recht zur Herrschaft über sich selbst“ bezeichnet werden dürfen. Nur müssen wir auch hier den sozialen Charakter des subjektiven Rechtes stets im Auge behalten und es nicht mit dem isolierten Verhältnisse des Willenssubjektes zu seinen einzelnen psychischen und physischen Organen, welches eine bloß natürliche Macht der Verfügung über sich selbst ist, verwechseln. Die sogenannten „res merae facultatis“ sind im positiven Rechtsleben nicht Gegenstand einer facultas schlechthin, nicht einer natürlichen Möglichkeit von Lebensfunktionen, sondern Gegenstand einer besonders gearteten facultas, die ihrem Subjekte ausschließlich vermöge seines gesellschaftlichen Lebens zu teil wird. Die rechtlich-soziale Macht, sein Leben frei von Eingriffen anderer zu gestalten, ist nicht eine „mera facultas“, sondern eine „juris facultas“, ein subjektives

Recht der Herrschaft über die uns selbst inhärierenden Lebensgüter.

3. Die zweite Art persönlicher Herrschaftsrechte besteht in der rechtlichen Macht, die persönlichen Gutseigenschaften Anderer auszunützen. Herrschaft bedeutet nicht etwa, daß der Beherrschte in einem gegebenen Augenblicke *in Wirklichkeit* dasjenige vollführt, was der Herrscher verlangt. Solche Aktualität ist nicht *Herrschaft*, sondern *Betätigung der Herrschaft*, geradeso wie die wirkliche Benützung einer Sache nicht natürliche oder rechtliche Macht an der Sache, sondern Ausübung der Macht ist. Vielmehr ist Herrschaft, so wie jede andere Macht, nur ein Verhältnis, dadurch begründet, daß die äußeren Umstände vorliegen, unter welchen ein etwaiges Wollen des Machtsubjektes den gewollten Erfolg, nämlich eine Willenstätigkeit des der Macht Unterworfenen, nach Regeln der Erfahrung voraussichtlich herbeizuführen vermag. Die Herrschaft ist eine *natürliche* Macht, insofern sie durch außersoziale Umstände, und sie ist eine *rechtliche* Macht, insofern sie durch ein regelmäßiges Verhalten der zu einer Rechtsgesellschaft vereinigten Rechtsgenossen begründet ist. Ein Räuber, der mit vorgehaltener Pistole den Angefallenen zur Herausgabe seiner Börse zwingt, übt eine bloß natürliche Herrschafts- oder Zwangsmacht aus; dagegen übt ein staatliches Sicherheitsorgan, das den Häftling mit vorgehaltener Pistole zum Gehorsam zwingt, nicht bloß eine natürliche, sondern zugleich eine rechtliche Herrschaft aus, weil ihm nicht bloß die Pistole, sondern auch die staatliche Hilfe bei der zwangsmäßigen Motivation der Handlungen des Häftlings zur Seite steht.

Das Recht der Herrschaft einer Person über andere ist ein *privatrechtliches*, wenn es dem Herrschenden rücksichtlich seiner eigenen oder irgend welcher von ihm vertretenen Privatinteressen zusteht. Private Herrschaftsrechte

sind im modernen Rechte hauptsächlich nur mehr die Familienrechte zwischen dem Hausvater oder Vormunde und dem Kinde, dann die wechselseitigen Rechte der Ehegatten; und auch diese nur in einem, im Vergleiche mit früheren Kulturstadien, geminderten Umfange. Alle anderen Verwandtschaften bringen privatrechtlich bloß vermögensrechtliche Verhältnisse mit sich. Das Recht am Sklaven war Herrschaft über die Person und Eigentum am Leibe des Sklaven zugleich. Aus dem Sklaven als Willenssubjekt vermochte das Recht der Sklaverei ebensowenig eine Sache zu machen, wie aus einem Manne ein Weib. „Dominus" heißt zugleich „Herr" und „Eigentümer"; der Sklave war Herrschafts- und Eigentumsobjekt. Rücksichtlich der Willensenergie des Sklaven konnte dem Herrn keine andere Macht als eine Macht zu psychologischem Zwange rechtlich gewährleistet werden. Nur am willenlosen Körper des Sklaven ist eine nicht durch Motivation, sondern durch naturgesetzliche Kausalität zu betätigende Macht, wie über eine Sache, denkbar. Da aber Körper und Willensenergie in der Realität eine untrennbare Einheit bilden, so ist auch das Rechtsverhältnis des Herrn zum Sklaven ein einheitliches, aus dem sowohl Befugnisse des psychologischen Zwanges als Befugnisse am Körper des Sklaven erwachsen. In der Leibeigenschaft liegt eine ähnliche Verbindung privatrechtlicher Herrschaft und privaten Vermögensrechtes, wenn auch nach beiden Richtungen bloß in abgeschwächter Gestalt. In primitiven Rechtsordnungen enthalten auch die Forderungsrechte eine Herrschaft über die Person des Schuldners, indem die Person des Schuldners selbst als ein Vermögensobjekt behandelt wird, das der Gläubiger in seinen Besitz (als Sklaven oder Leibeigenen) zu nehmen berechtigt ist. Schuldknechtschaft ist Unterworfenheit der Person des Schuldners unter die Macht des Gläubigers; allerdings bloß als ein Mittel, durch welches der Gläubiger das ihm Gebührende an sich nimmt. Einen Überrest solcher privat-

rechtlicher Herrschaft zu vermögensrechtlichem Zwecke bilden noch heutzutage die auf eine Dienstleistung gerichteten Forderungsrechte insofern, als sie die Befugnis des Gläubigers enthalten, den Schuldner mittels Haftverhängung zur Erbringung der Leistung zu nötigen. (§ 31, Z. 5.)

4. Das Subjekt der staatlichen Herrschaftsrechte ist zusammengesetzt aus der Gesamtheit der Staatsgenossen als Zweckeinheit (Interessensubjekt) und aus den Staatsbehörden, an deren Spitze das Staatsoberhaupt steht, als Machtsubjekten (§ 22). Da die staatlichen Organe ihre Machten im staatlichen Interesse besitzen, sind sie zugleich mit Verbindlichkeiten zur Vornahme eben jener Handlungen, die den Gegenstand ihrer Befugnisse bilden, belastet. Hieraus resultiert jener staatliche Behördenorganismus, von dem in § 22 Z. 4 gesprochen wurde.

Objekte der öffentlichen Herrschaftsrechte sind bei jedem Organe der Rechtsgesellschaft einerseits die ihm untergebenen Beamten, andererseits die ihm untergeordneten Rechtsgenossen. Ihr Inhalt ist überall Wahrung und Betätigung sozialer Interessen, sei es öffentlichrechtlicher, die unmittelbar den Rechtsgenossen oder bestimmten Kategorien derselben gemeinschaftlich sind, sei es solcher, deren Zweck es ist, die Betätigungsmöglichkeit von Privatinteressen zu gewährleisten.

5. Die vermögensrechtlichen Verhältnisse, sowohl diejenigen des öffentlichen Rechtes als diejenigen des Privatrechtes, beinhalten wirtschaftliche Interessen. Objekte der subjektiven Vermögensrechte bilden daher alle Dinge, welche und insoweit als sie einen wirtschaftlichen Wert an sich tragen. Handlungen und Unterlassungen kommen im Vermögensrechte nicht als persönliche Leistungen, sondern als Repräsentanten eines Geldwertes in Betracht. Das Genie des römischen Rechtes ließ die kondemnierenden Richtersprüche im Vermögensrechte überall, auch rücksichtlich der obligationes ad facere, auf eine Geldleistung ergehen. Es darf uns nicht irre-

führen, daß dies im späteren Rechte nicht mehr der Fall ist. Denn auch heutzutage sind die Objekte der Vermögensrechte, wie es ja dessen Begriff entspricht, nur wirtschaftliche Güter. Persönliche Leistungen und Geisteswerke kommen im Vermögensrechte nur insofern, als sie einem wirtschaftlichen Interesse, nicht auch insofern, als sie einem anderen Interesse dienen, in Betracht. Die korrespondierenden Verbindlichkeiten sind ihrem Wesen nach Machtbeschränkungen oder Haftungen des Verbundenen in Ansehung eines für den Berechtigten bestimmten Vermögenswertes. Demnach bestehen die Befugnisse des Vermögensrechtes nicht in einer „Herrschaft eines Willens über einen anderen Willen", sondern in der rechtlichen Macht, ein wirtschaftliches Gut zu benützen oder an sich zu nehmen. Es ist insbesondere prinzipiell verfehlt, wenn man die vermögensrechtlichen Forderungen als Zwangsherrschaft eines Willenssubjektes, des Gläubigers, über ein anderes Willenssubjekt (den Schuldner) erklärt. Zweck und Wesen des Forderungsrechtes liegt nicht darin, daß dem Gläubiger die Möglichkeit geboten werde, die Person des Schuldners zu beherrschen, den Schuldner zu Handlungen und Unterlassungen zu zwingen; und Zweck und Wesen der Verbindlichkeit des Schuldners liegt nicht darin, diesen dem Gläubiger untertänig zu machen, seine Persönlichkeit in einer bestimmten Richtung der Willkür des Gläubigers preiszugeben. Das die Befugnisse des Gläubigers bestimmende Interesse besteht vielmehr in dem Übergange eines Vermögenswertes aus dem Besitze des Schuldners in den Besitz des Gläubigers. Zu diesem Zwecke wird im neueren Rechte (abgesehen von dem oben bereits berührten Ausnahmsfall bei Dienstleistungen) dem Gläubiger kein Herrschaftsrecht, keine Zwangsmacht über die Person des Schuldners verliehen. Es besteht bloß auf Seite des Gläubigers die rechtliche Macht, den Vermögenswert an sich zu nehmen und auf Seite des

Schuldners die rechtliche Machtbeschränkung, die Nehmehandlung, erdulden zu müssen, eine Auffassung vom Wesen der Forderungsrechte, welche an späterer Stelle (§§ 28 und 30) eingehender zu erörtern sein wird.[48])

§ 27. Die Elastizität der subjektiven Rechte.

1. In § 6, Z. 6, wurden generelle (übergeordnete) Rechtsverhältnisse, denen ein allgemeiner Rechtszweck, und spezielle (untergeordnete) Rechtsverhältnisse, Befugnisse und Verbindlichkeiten, denen eine Besonderung des Rechtszweckes zu Grunde liegt, unterschieden. Jede Befugnis ist von einem Wohlfahrtszwecke erfüllte soziale Macht, und jede Verbindlichkeit ist von einem Wohlfahrtszwecke erfüllte soziale Machtbeschränktheit. Aber nicht jede einzelne Befugnis und jede einzelne Verbindlichkeit hat einen besonderen Wohlfahrtszweck für sich, so daß es etwa ebenso viele Wohlfahrtszwecke als Befugnisse und Verbindlichkeiten geben müßte; ein und derselbe allgemeine Wohlfahrtszweck kann einer ganzen Reihe von Befugnissen und Verbindlichkeiten inhärieren. Wie im isolierten Leben ein vom Individuum gesetzter Zweck zumeist nicht bloß durch eine einzige Handlung oder Unterlassung verwirklicht wird, sondern ganze Komplexe von Handlungen und Unterlassungen — beziehungsweise deren Möglichkeit — erfordert, so begründet im gesellschaftlichen Leben ein und derselbe allgemeine Rechtszweck ganze Reihen oder Gruppen von Befugnissen. Die Glieder dieser Reihen sind untereinander verknüpft durch den ihnen gemeinschaftlich zu Grunde liegenden Gesamtzweck. „Zweck" bedeutet aber nicht einen aktuellen, sondern einen potentiellen Erfolg; er dauert fort, auch wenn zur Zeit seine Betätigung durch was immer für Umstände ganz oder teilweise gehemmt ist. Demzufolge müssen wir auch die Rechtsverhältnisse nicht als eine Summe,

sondern als Wurzel oder Potenz der ihrem Gesamtzwecke entsprechenden Befugnisse ansehen.[49])

Alle Befugnisse zum Beispiel, welche dem Sacheigentümer zustehen und alle korrespondierenden Rechtsverbindlichkeiten sind im Eigentumsrechte, vermöge des ihm innewohnenden Rechtszweckes potentiell gegeben; aktuell sind die einzelnen Befugnisse aber nur insoweit, als die Betätigung des Eigentumszweckes jeweils möglich ist. Wollte man das Eigentumsrecht mit den einzelnen dem Eigentümer jeweils aktuell zustehenden Befugnissen identifizieren, so müßte das Eigentum (und ebenso jedes andere subjektive Recht) mit jeder Minderung seiner Befugnisse sein Wesen ändern, die Vorstellung der nuda proprietas wäre eine unmögliche. In Wahrheit bleibt auch bei der weitgehendsten Beschränkung der Aktualität seiner Befugnisse der Rechtszweck, dem Eigentümer den vollen und ausschließlichen Genuß der Sache zu ermöglichen, und somit auch das durch diesen Zweck begründete Rechtsverhältnis des Eigentums, an und für sich vollkommen aufrecht; nur daß seine Betätigung, sei es durch natürliche Hindernisse, sei es durch konkurrierende Rechtsregeln und durch von denselben begründete anderweitige Rechtsverhältnisse zeitweilig gehemmt erscheint. Beim Wegfall der natürlichen Hindernisse oder der entgegenstehenden Rechte kommt die produktive Kraft des Eigentumsverhältnisses sofort wieder zur Erscheinung und bringt von selbst alle ihm entsprechenden Befugnisse zur Aktualität. In ähnlicher Weise sind die aus den Forderungsverhältnissen oder aus den Verhältnissen des Familienrechtes erwachsenden Befugnisse und Verbindlichkeiten bald in weiterem, bald in engerem Umfange aktuell gegeben. Das Rechtsverhältnis der Sozietät, der Miete, des Darleihens, ebenso wie dasjenige der Ehe oder der väterlichen Gewalt usw., bringen während ihres Bestandes, teils unter dem Einflusse natürlicher Bedingungen, teils ver-

möge kollidierender Rechtsverhältnisse, mannigfache, der Zahl und der Art nach verschiedene Befugnisse und Verbindlichkeiten zur aktuellen Geltung, deren Wechsel den grundlegenden Zweck und damit das Wesen des Rechtsverhältnisses nicht berührt.

Diese allen Rechtsverhältnissen zukommende Eigenschaft der Wandelbarkeit im aktuellen Bestande ihrer Befugnisse und Verbindlichkeiten bezeichnen wir als ihre Elastizität. Sie hat ihren innersten Grund darin, daß — ebenso wie die empirischen Naturgesetze einander in der mannigfaltigsten Weise durchkreuzen — auch die Rechtsregeln als Regeln eines tatsächlichen sozialen Verhaltens vielfach, sowohl durch anderweitige Rechtsregeln als auch durch Regeln der Naturerscheinungen, in ihrer aktuellen Wirksamkeit gehemmt werden. Demgemäß zeigt sich die Elastizität der Rechtsverhältnisse in einer zweifachen Richtung: einmal in dem Zusammenhange, in welchem die Rechtsregeln als Regeln tatsächlicher sozialer Verhaltungsweisen mit den Regeln der Naturerscheinungen (die sozialen mit den natürlichen Machtbedingungen) stehen; sodann in dem Zusammenhange, in welchem die Rechtsregeln untereinander stehen.

2. Die Rechtsverhältnisse als tatsächliche Verhältnisse stehen nicht im allgemeinen Naturzusammenhange, wohl aber bilden ihre Betätigungen natürliche Begebenheiten, die nur dann stattfinden, wenn die natürlichen Voraussetzungen dafür vorhanden sind. Die Möglichkeit der Betätigungen hängt daher nicht bloß von dem sozialen Verhalten, sondern zugleich von den in der außersozialen Natur gelegenen Bedingungen ab. Die Rechtsverhältnisse an und für sich dauern zwar, auch wenn der Realisierung der sie begründenden Rechtszwecke natürliche Hindernisse entgegenstehen, unverändert fort. Aber solange, als die natürlichen Voraussetzungen des Erfolges mangeln, wäre es sinnlos, Handlungen zu setzen,

somit auch sinnlos, Handlungen zu unterstützen, oder sich Handlungen zu widersetzen, die schon aus außersozialen oder natürlichen Gründen zum Erfolge nicht zu führen vermöchten. Man bleibt Eigentümer auch während einer Zeit, in welcher die Sache in Verlust geraten ist, man bleibt Gläubiger, auch wenn der Schuldner derzeit leistungsunfähig ist, man bleibt Herrscher oder Beamter, auch wenn die Herrscher- oder Amtsfunktionen zur Zeit unausführbar sind; aber von *aktuellen* Befugnissen des Eigentümers (die Sache zu benützen), des Gläubigers (die Leistung an sich zu nehmen), des Herrschers (zu regieren) oder des Beamten (behördliche Maßnahmen zu treffen), kann während der Zeiten, in welchen deren Willensbetätigungen natürlichen Hindernissen unterliegen, vernünftigerweise nicht gesprochen werden. Die produktive Kraft des Rechtsverhältnisses, somit auch die Potenz der ihm entsprechenden Befugnisse, ist zwar vorhanden, aber durch natürliche Umstände in größerem oder geringerem Umfange zeitweilig paralysiert. So töricht es wäre, dem Eigentümer eines Ackers die *aktuelle Befugnis* zuzusprechen, im Winter zu ernten, so dauert doch das *Rechtsverhältnis* des Eigentümers auch im Winter ungeschmälert fort. Denn der das Rechtsverhältnis begründende Eigentumszweck ist trotz dermaliger Unrealisierbarkeit unverändert geblieben; er ist nur zeitweilig gehemmt, nicht anders als die Regeln, welche die produktive Kraft der Pflanzenwelt begründen, auch im Winter gegeben sind.

Dagegen kann etwas physisch *schlechthin Unmögliches*, d. h. ein vorgestellter Zustand, für dessen Realisierung die außersozialen oder natürlichen Bedingungen *nicht bloß dermalen, sondern überhaupt und für immer* mangeln, keinen Rechtszweck und keinen Gegenstand eines subjektiven Rechtes bilden. Weder kann schlechthin Unmögliches von dem einzelnen Willenssubjekte — wäre es auch nur bedingungsweise — gewollt, noch kann Realisierung eines schlechthin

Unmöglichen von dem Gesamtwillen — wäre es auch nur potentiell — unterstützt werden. Es gibt keine Macht, somit auch kein Eigentumsrecht, an einer unwiederbringlich verlorenen Sache, kein Forderungsrecht ohne jede künftige Möglichkeit einer schuldnerischen Leistung, keine rechtliche Herrschaft, deren Betätigung für immer ausgeschlossen wäre.

3. Der Bestand eines subjektiven Rechtes wird auch dadurch, daß die Verwirklichung seines Zweckes durch — sei es bewußt, sei es unbewußt — rechtswidriges Verhalten einzelner Personen derzeit gehemmt wird, nicht aufgehoben. Im rechtswidrigen Verhalten manifestiert sich der Einzelwille als außersozialer; die von ihm ausgehende Störung der Betätigung eines subjektiven Rechtes ist, objektiv betrachtet, den Störungen gleichzustellen, welche durch anderweitige natürliche Ereignisse bewirkt werden. Die Regeln des sozialen Verhaltens, welche die Grundlage des subjektiven Rechtes bilden, und hiedurch auch das letztere selbst, bleiben von den unrechtmäßigen Handlungen und Unterlassungen Einzelner an und für sich unberührt, begründen daher nach wie vor dieselben Rechtsverhältnisse wie bisher. Nur wenn und insoweit als infolge rechtswidriger Angriffe die Verwirklichung des zum Rechtszwecke erhobenen Willenserfolges des Berechtigten schlechthin unmöglich geworden ist, kann auch hier von einer Fortdauer eines diesen Willenserfolg betreffenden subjektiven Rechtes weiterhin nicht mehr die Rede sein.

Dagegen ist der jeweilige Umfang an aktuellen Befugnissen und Verbindlichkeiten, welche aus dem Rechtsverhältnisse resultieren, durch rechtswidrige Eingriffe geradeso wie durch natürliche Erscheinungen beeinflußt. Von einer aktuellen Befugnis des Eigentümers, die Sache zu benützen, kann, wenn sie in fremdem Besitze ist, nicht gesprochen werden, gleichviel ob die Sache durch ein legitimes Rechtsgeschäft oder ob sie durch Diebstahl in den fremden Besitz geraten war. Die Be-

fugnisse und Verbindlichkeiten des Eigentümers beschränken sich sodann aktuell auf jene Handlungen, welche beim Bestande fremden Besitzes möglich, d. h. von einem möglichen Erfolge begleitet sind (§ 28).

4. Die Wirksamkeit der Rechtsregeln und Rechtszwecke, somit auch der durch sie begründeten Rechtsverhältnisse, wird ferner durch konkurrierende Rechtsregeln und Rechtszwecke gehemmt. Hierin liegt die zweite Quelle der Elastizität der subjektiven Rechte. Sie tritt in Paralysierungen der einem Rechtsverhältnisse potentiell angehörenden Befugnisse und Verbindlichkeiten durch andere Rechtsverhältnisse zu tage. Wir sehen sie vor uns in der Minderung an aktuellen Befugnissen, die das Eigentumsrecht durch dingliche Lasten erfährt, in allen Einreden, welche der Betätigung von Forderungsrechten im Wege stehen, in der Hemmung, welche subjektive Rechte in Ansehung ihrer Befugnisse und Verbindlichkeiten durch sachlich unrichtige Richtersprüche oder sonstige unrichtige behördliche Verfügungen erleiden. Wer sich von der Vorstellung, daß die Rechtsregeln Ideen sind, mit welchen irgend ein persönlicher Geist oder gesetzgeberischer Wille an die Menschen herantritt, nicht zu befreien vermag, wer im positiven Rechte primär nicht Regeln eines Geschehenden, sondern ideale Befehle und Erlaubnisse erblickt, wird für solche, in der Rechtsordnung begründete und tatsächlich erscheinende Hemmungen der Befugnisse und Verbindlichkeiten fortbestehender Rechtsverhältnisse und für das Wiederaufleben derselben bei gänzlichem oder teilweisem Wegfalle der Hemmungsursachen, überhaupt für die Konkurrenz und den Widerstreit der Rechtsregeln und Rechte untereinander, keine Erklärung finden. Denn Ideen sind starr, sie lassen keine Kompromisse und keine Hemmungen zu, sondern sie gelten oder sie gelten nicht. Die Erfahrungsobjekte hingegen sind innerhalb

ihres Wesens wandelbar und dehnbar und ihre Begriffe und Regeln müssen dieser Wandelbarkeit angepaßt werden.

Betrachten wir zum Beispiel die Modifikationen, welche ein subjektives Recht erfährt, wenn es dem Berechtigten durch ein unrichtiges Gerichtserkenntnis (möge dasselbe auf falscher Rechtsauffassung, auf unzureichendem Verständnisse des Tatbestandes oder auf prozessualen Regeln, Versäumnissen u. dgl. beruhen) aberkannt wurde. Die Rechtsregeln, nach welchen das subjektive Recht besteht, konkurrieren mit jenen Rechtsregeln, welche dem Urteile an sich, also auch dem unrichtigen Urteile, materielle Rechtskraft verleihen. Was ist nun Rechtens? Was soll als „Rechtsimperativ" gelten? Vermöchte der abgewiesene Kläger im Wege einer Restitution die nachträgliche Anerkennung seines materiellen Rechtes durchzusetzen, so gälte dieses als von jenem Fehlurteile unberührt. Unterließe er das Rechtsmittel oder führte er dasselbe nicht mit der erforderlichen Geschicklichkeit durch, so bliebe es bei der Abweisung. Solches Schwanken wäre mit dem Sinne eines Imperativs unvereinbar. Erblicken wir hingegen das reale Wesen der subjektiven Rechte in einem sozialen Machtverhältnisse, so schließen wir schon in diesem Begriffe eine ganze Reihe von Graden, begründet durch verschiedene Regeln des tatsächlichen Verhaltens, ein. Die Elastizität, welche jedem Erfahrungsbegriffe innewohnt, weil er nicht wirkliche, sondern bloß nach Erfahrungsregeln mögliche Gegenstände bezeichnet, bietet eine durchaus rationelle Erklärung dafür, daß das subjektive Recht trotz der Rechtsregel der res judicata insolange und insoweit fortbesteht, als die tatsächliche Möglichkeit dafür andauert, daß der ihm innewohnende Rechtszweck durch den Gesamtwillen realisiert wird. Erst mit dem Erlöschen jeder solchen Möglichkeit, d. h. wenn keine Regel sozialen Verhaltens mehr besteht, welche die Realisierung ermöglicht, hat das subjektive Recht allen Inhalt als soziale Macht und damit

seine Existenz verloren. Der Satz „res judicata pro veritate habetur“ enthält nicht den Ausdruck einer Fiktion, sondern den Ausdruck einer Tatsache. Die definitiv entschiedene Rechtssache ist rechtliche Wahrheit, weil sie die Wahrheit eines tatsächlichen sozialen Verhaltens ist. Die Annahme eines subjektiven Rechtes, dem keine Regel sozialen Verhaltens zu Grunde liegt, ist eine in sich selbst widersprechende, daher unmögliche. Gibt es hingegen ungeachtet der rechtskräftigen Entscheidung noch ein Mittel, das aberkannte subjektive Recht zur Geltung zu bringen, so ist dasselbe noch als eine soziale Möglichkeit, wenn auch derzeit auf ein Minimum (nämlich auf das im Restitutionsfalle wiedererstandene materielle Klagerecht) zurückgedrückt, tatsächlich vorhanden; es vermag unter günstigen Umständen seinen einstigen Umfang und Inhalt wieder zu erlangen, wie etwa ein Scheintoter, solange noch ein Lebensfunken in ihm glüht, zu neuer Vollkraft erwachsen kann.

Indem wir die subjektiven Rechte als aus tatsächlich geltenden Rechtsregeln resultierende Potenzen begreifen, erkennen wir zugleich ihre Elastizität als eine Eigenschaft, die ihnen als Erfahrungsobjekten notwendig anhaftet, und an den Tag tritt, wenn die jeweils in Betracht kommenden Rechtsregeln mit Regeln anderer Erfahrungsobjekte (Naturerscheinungen und Sozialerscheinungen) zusammentreffen, oder wenn eine solche Kollision ganz oder teilweise wieder aufhört.

§ 28. Befugnisse des Genießens und Befugnisse des Nehmens.

1. Nach dem in § 27 dargelegten Prinzip der Elastizität müssen sich die jedem subjektiven Rechte entspringenden Befugnisse überall den natürlichen Bedingungen des in ihnen zu einem Rechtszwecke erhobenen Willenserfolges anpassen. So ergibt sich eine grundlegende Einteilung der Befugnisse in

solche des unmittelbaren Genießens und in solche des Nehmens.[50])

Der Zustand natürlicher Genußmöglichkeit, das natürliche Machtverhältnis, das sich aus dem Obwalten der außersozialen Bedingungen unmittelbaren Genusses eines Rechtsgutes ergibt, ist Besitz im weitesten, nicht bloß körperliche, sondern auch unkörperliche Rechtsgüter ergreifenden Sinne des Wortes (§ 29, Z. 1). Wenn und insolange ein Berechtigter sich im Verhältnisse natürlicher Besitzmacht befindet, ist ihm vermöge seines Rechtes die zu dieser isolierten Macht hinzutretende soziale Macht oder Befugnis unmittelbaren Genusses gewährt. Mangeln hingegen die außersozialen Voraussetzungen unmittelbaren Genusses (Besitz), ist jedoch die physische Möglichkeit, dieselben herzustellen (einen Besitz des Rechtsgutes zu erlangen) vorhanden, so kann der Rechtszweck und das von diesem bestimmte Verhalten der Rechtsgenossen eine rechtlich-soziale Macht nur zu solchen Handlungen, welche auf Erlangung eines Besitzes gerichtet sind, begründen. Die Handlungen, mittels deren ein Zustand unmittelbarer natürlicher Genußmöglichkeit, d. i. ein Besitz, hergestellt wird, können, abermals im weitesten Sinne des Wortes, als ein „Nehmen" des Rechtsgutes bezeichnet werden. Unter eine dieser beiden Kategorien: rechtlich-soziale Macht zum Genießen (wie wir der Kürze halber weiterhin das „unmittelbare Genießen" nennen dürfen) bei vorhandenem Besitze, und rechtlich-soziale Macht zum Nehmen bei mangelndem Besitz, muß jede rechtliche Befugnis fallen. Diese Einteilung der Befugnisse ist eine erschöpfende, weil ihre Grundlage in einem kontradiktorischen Gegensatze innerhalb der natürlichen Voraussetzungen jeder Macht, der rechtlich-sozialen sowohl als der natürlichen, besteht. Eine Übersicht der Gestaltung der Befugnisse des Genießens und des Nehmens in

den wichtigsten Rechtsverhältnissen soll die universelle Bedeutung ihrer Unterscheidung aufzeigen.

2. Die Einteilung der Befugnisse in solche des Genießens und des Nehmens zeigt sich in prägnanter Weise zunächst bei dem vollkommensten aller subjektiven Vermögensrechte, beim Eigentum. Solange der Eigentümer die Sache besitzt, d. h. der natürlichen Bedingungen des Sachgenusses teilhaftig ist, haben auch seine Befugnisse den unmittelbaren Genuß des Eigentumsobjektes zum Inhalte. Er hat zu diesem Zwecke die rechtliche Macht, Störungen des unmittelbaren Genusses mittels Rechtshilfe abzuhalten. Der Eigentümer, dem der Besitz mangelt hingegen, kann das Eigentumsobjekt nicht genießen, den Eigentumszweck nicht unmittelbar betätigen. Die ihm vom Gesamtwillen gewährte Unterstützung kann daher nur solche Handlungen betreffen, mittels deren er den Besitz erlangt oder wiedererlangt: Handlungen des Nehmens. Der besitzlose Eigentümer hat die Befugnis, die Sache, deren Besitz er verloren oder niemals gehabt hat, an sich zu nehmen, wo immer er sie findet. Das begriffliche Wesen der aus dem Rechtsverhältnisse des Eigentums entspringenden Nehmebefugnis wird durch den für sie äußerlichen Umstand, ob die Sache sich in fremdem Besitze befindet oder nicht, nicht berührt. Dieser äußere Umstand kann sich von Tag zu Tag, von Stunde zu Stunde ändern und ist für den Rechtszweck des Eigentums an und für sich ohne Belang.

Sehen wir zunächst von dem Falle fremden Besitzes ab, so wird niemand daran zweifeln, daß die Befugnis des Eigentümers, seine Sache an sich zu nehmen, eine andere ist, als diejenige des Okkupanten einer freiliegenden Sache. Wer sich der Nehmehandlung des Eigentümers widersetzt, stört das Eigentumsrecht, wer die Okkupation verhindert, widersetzt sich keinem die Sache treffenden subjektiven Rechte, sondern allenfalls der Betätigung persönlicher Rechte, welche dem Okku-

panten schon in seiner Eigenschaft als Rechtsgenosse, somit in gleicher Weise wie allen anderen Rechtsgenossen zustehen.

Ähnliches gilt von der freiwilligen Übergabe der Sache seitens des Besitzers an den Eigentümer. In diesem Akte sieht die herrschende Lehre, verleitet durch ihre Grundanschauung von der imperativischen Natur der Rechtsregeln, lediglich eine pflichtmäßige Handlung des Besitzers. In Wahrheit findet dabei eine Ausübung des Eigentumsrechtes statt. Das Entgegennehmen einer restituierten Sache seitens des Eigentümers hat einen ganz anderen rechtlichen Charakter, als etwa die Entgegennahme eines Geschenkes oder eines gekauften, bis dahin noch nicht ins Eigentum des Käufers gelangten Gegenstandes. Der äußere natürliche Vorgang ist freilich der gleiche; solche äußere Gleichheit waltet indes auch zwischen dem Uti frui des Eigentümers und demjenigen des Besitzers ob. Das Recht und die Rechtslehre fassen jedoch überall die Handlung nicht als natürlichen Vorgang, sondern nach ihrem rechtlichen Zwecke ins Auge und erkennen, daß der Gesamtwille in der Nehmebefugnis des Eigentumsrechtes, auch wo sie mittels friedlicher Ausfolgung der Sache ausgeübt wird, eine besondere soziale Macht des Eigentümers über die Sache gewährleistet.

Findet der Eigentümer seine Sache im Besitze eines Anderen, der die Herausgabe verweigert, so liegt in dieser Weigerung nicht die *Behinderung einer unmittelbaren Genußmöglichkeit*, denn diese ist mangels Besitzes (gleichviel ob ein Anderer die Sache besitzt oder nicht) aus physischen Gründen ausgeschlossen; sondern eine *Behinderung des Nehmens der Sache*, des Mittels, um zu der unmittelbaren Genußmöglichkeit zu gelangen. Es ist ein Streit gegeben, dem sich die Nehmebefugnis, wie in dem folgenden § 31, Z. 1, näher auszuführen ist, notwendigerweise anpaßt.

3. Ebenso wie das Eigentumsrecht enthalten die Servitutsrechte Nehmebefugnisse insofern, als ein Besitz (sog. „Quasibesitz“) der dienenden Sache eine natürliche Bedingung des Servitutengenusses bildet. Daher haben der Usufruktuar und der Usuar, deren Genußrechte ebenfalls ohne Innehabung der Sache nicht ausgeübt werden können, ähnlich wie der Eigentümer, die Befugnis, die Sache an sich zu nehmen. Bei Realservituten findet ein Besitz an der dienenden Sache nur insofern statt, als deren dem Servitutsgenusse unterliegende Gutseigenschaften reichen. Eine Beseitigung oder Beeinträchtigung dieser Eigenschaften entzieht die Sache der unmittelbaren Genußmöglichkeit des Servitutsberechtigten; und in eben diesem Umfange tritt dessen Befugnis ein, jene Eigenschaften wieder herzustellen, und derart die Sache partiell an sich zu nehmen. Wenn zum Beispiel der Servitutsweg ungangbar gemacht, der servitutsmäßige Wasserlauf abgelenkt, wenn durch einen Bau der servitutsmäßige Genuß von Luft und Licht geschmälert wird, so nimmt der Berechtigte die dienende Sache insofern an sich, als er die Beseitigung dieser Änderungen veranlaßt. Die ihm hiezu eingeräumte Befugnis bleibt ein und dieselbe, ob sie nun im Wege friedlicher Übergabe oder — bei entstehendem Streite — mittels Eigenmacht oder mittels gerichtlicher Hilfe betätigt wird.

4. Im Pfandrechte ist vermöge seiner doppelten Natur als Retentions- und als Distraktionsrecht die Nehmebefugnis in einer zweifachen Gestalt enthalten. Nach der ersten Richtung bezweckt das Pfandrecht Sicherstellung durch den Pfandbesitz; nach der zweiten Richtung Zahlhaftmachung. Geht dem Pfandberechtigten der Besitz verloren, so darf er die Sache in gleicher Weise an sich ziehen, wie der Eigentümer. Zu der rechtlichen Möglichkeit dieses, die Sache selbst ergreifenden Nehmens tritt, zufolge des zweiten dem Pfandverhältnisse innewohnenden Rechtszweckes, die Befugnis, der

fremden Sache jenen Wert zu entnehmen, der zur Berichtigung der Pfandforderung nötig ist; die Distraktion, welche, wie jede andere Nehmebefugnis, in friedlichem und in streitigem Wege betätigt werden kann. Im Pfandrechte begegnen uns somit zwei Arten des Nehmens und der Nehmebefugnis: das Nehmen einer Sache und das Nehmen eines Vermögenswertes. Die Rechtssprache bietet hiefür einen Fingerzeig, indem sie das Pfandrecht auch als Realobligation (rei obligatio), das Pfandrechtssubjekt als Realgläubiger, bezeichnet. Die rei obligatio ist das Verhältnis der Haftung oder Gebundenheit der Sache für die Befriedigung mittels Wertentnahme.

5. Die Nehmebefugnis des Personalgläubigers unterscheidet sich von derjenigen der dinglichen Rechte dadurch, daß ihr Gegenstand nicht ein Ding, sondern ein Wertbestandteil des schuldnerischen Vermögens ist. Das Vermögen umfaßt alle wirtschaftlichen Güter, rücksichtlich deren seinem Inhaber eine soziale Macht zusteht: seine persönliche Leistungsfähigkeit und die ihm gehörigen körperlichen und unkörperlichen Sachen, jedoch nur insoweit, als dieselben einen wirtschaftlichen oder, was gleichbedeutend ist, einen Geldwert haben. Objekte des Forderungsrechtes sind nur solche Gegenstände, welche und insoweit als sie einen Geldwert repräsentieren: quod pecunia lui potest. Auch in dem Falle, wenn die geschuldete Vermögensleistung in einem persönlichen Dienste oder in einer bestimmten körperlichen Sache besteht, ist die Nehmebefugnis des Gläubigers auf die Dienstleistung oder auf die bestimmte Sache nicht als solche schlechthin, sondern nur insofern, als sie einen Vermögenswert repräsentieren, gerichtet (§ 26, Z. 5). Wäre es dem Schuldner unmöglich, die geschuldete Sache zu beschaffen oder den Dienst zu leisten, so würde das Forderungsrecht keineswegs notwendig erlöschen (wie etwa das Eigentum beim Untergange seines Objektes), sondern nach wie vor das schuldnerische Vermögen ergreifen

und in dem Wertinteresse sein äquivalentes Objekt finden. Die Handlung, mittels deren sich jemand einen Teil des Vermögens einer anderen Person aneignet, fällt, ebenso wie die Handlung, mittels deren jemand eine Sache, die seinem eigenen Vermögen angehört, in seinen Besitz nimmt, unter den Begriff des Nehmens. Die Macht zu solcher Handlung ist eine natürliche oder isolierte, insofern sie durch gegebene natürliche oder außersoziale Umstände bedingt erscheint; sie ist eine rechtliche, insofern sie durch den Gesamtwillen gewährt ist. Da das Forderungsrecht, seinem begrifflichen Wesen nach, voraussetzt, daß der Berechtigte das ihm Gebührende noch nicht hat, so kann man allgemein sagen: Forderungsrechte erzeugen nur Nehmebefugnisse. Während die den dinglichen Rechten entstammenden Befugnisse regelmäßig solche des Genießens und nur ausnahmsweise solche des Nehmens sind, erschöpft sich der ganze Zweckinhalt des Forderungsrechtes in der sozialen Macht zur Wegnahme wirtschaftlicher Werte aus dem schuldnerischen Vermögen. Der Käufer, der die gekaufte Sache, der Besteller, der ein Werk übernimmt, der Geldgläubiger, der eine Zahlung empfängt, der Mieter, der das Mietobjekt verwendet, aber auch der Gesellschafter und der Dienstherr, welche persönliche Leistungen des anderen Gesellschafters beziehentlich des Arbeiters entgegennehmen, der Theaterbesucher, der die Darstellung, und der Schüler, der die Lehren des Meisters in sich aufnimmt: Jeder in seiner Art bezieht aus dem Vermögen des Leistenden einen Wertbestandteil. Und daß ihm dieser Wertbezug durch das regelmäßige soziale Verhalten oder den Gesamtwillen sozial ermöglicht ist, bildet jenes Verhältnis sozialer Macht, das wir als sein Forderungsrecht bezeichnen. Auch den Forderungsrechten liegt der Rechtszweck einer Genußmöglichkeit zu Grunde; aber nur insofern, als dem Berechtigten die soziale Macht gegeben ist,

sich einen wirtschaftlichen Wert aus dem Vermögen einer anderen Person anzueignen. Mit dem Akte dieses Ansichnehmens ist der Rechtszweck und demgemäß auch das Forderungsverhältnis gegenstandslos geworden, weil es seinen Zweck erfüllt hat. Daß die Forderung unter Umständen erlöschen kann, ohne daß ihr Zweck, der Übergang eines Vermögenswertes vom Schuldner an den Gläubiger, erreicht wurde, kann diese Auffassung nicht beirren. Es gibt auch sonst mannigfache Erlöschungsgründe von Rechtsverhältnissen, die den diesen innewohnenden Rechtszwecken fremd sind (z. B. Verschulden, Verjährungen, Rücksichten des öffentlichen Wohles usw.). Hier handelt es sich nur um jene Erlöschung des Forderungsrechtes, die in seinem Zwecke selbst begründet ist. Der Zweck der Forderung ist aber nicht der, daß der Schuldner leiste, ärmer werde oder entbehre, sondern der, daß der Gläubiger empfange und bereichert werde, und nur diesem Zwecke dienen die ihr innewohnenden Befugnisse.

Die Darlegung des Unterschiedes zwischen den Befugnissen des Genießens und jenen des Nehmens eröffnet uns nach dem Gesagten einen tiefen Einblick in das Wesen der Forderungsrechte. Ihre Verschiedenheit von den dinglichen Rechten liegt nicht etwa darin, daß den Gegenstand der letzteren Sachen und den Gegenstand der Forderungsrechte Handlungen bilden, auch nicht darin, daß die dinglichen Rechte als sogenannte „absolute“ gegen alle Rechtsgenossen, und die Forderungsrechte als sogenannte „relative“ nur gegen bestimmte Rechtsgenossen wirksam wären. Diese Gegensätze, ebenso wie die nichts erklärenden, sondern nur umschreibenden Redewendungen, welche die dinglichen Rechte als Rechte „an“ irgend etwas und die Forderungsrechte als Rechte „auf“ irgend etwas bezeichnen, sind Folgeerscheinungen des wahren Unterschiedes, welcher darin besteht, daß den Gegenstand der dinglichen Rechte konkret bestimmte Sachen (im weitesten

auch Geisteswerke umfassenden Sinne), den Gegenstand der Forderungsrechte aber abstrakt bestimmte wirtschaftliche Werte bilden. Hiemit hängt der weitere Unterschied zusammen, daß der Rechtszweck der dinglichen Rechte auf den Besitz des Rechtsgutes gerichtet ist und alle aus dem dinglichen Rechte resultierenden Befugnisse die Aufrechthaltung oder Erlangung des Besitzes zum Gegenstande haben, während der Rechtszweck des Forderungsrechtes in dem Augenblick erschöpft ist, in welchem der Berechtigte das Rechtsgut, nämlich den ihm gebührenden Vermögenswert, erlangt hat. Es sind sodann zwei Fälle möglich. Entweder der Vermögenswert wird von dem Empfänger zugleich mit dem Empfange konsumiert oder er haftet einem den Empfang überdauernden Dinge an. Im ersten Falle, z. B. bei persönlichen Dienstleistungen (facere), erlischt die Obligation nach Maßgabe ihrer Erfüllung, ohne daß ein neues Rechtsverhältnis an ihre Stelle tritt. Im zweiten Falle, so bei allen die Hingabe eines körperlichen Gegenstandes oder die Übertragung eines immateriellen Gutes bezweckenden Obligationen (dare), ist ein dinglicher Träger des empfangenen Vermögenswertes vorhanden und bildet das Objekt eines für den Empfänger neubegründeten Besitzes und zumeist auch eines neubegründeten subjektiven Rechtes. Sowohl im ersten als im zweiten Falle aber enthält die Obligation nur Nehmebefugnisse, welche in dem Augenblicke gegenstandslos werden, in welchem der Berechtigte (oder ein Dritter für ihn) den Wert an sich genommen hat, gleichviel ob der empfangene Wert von der Person des Empfängers absorbiert wurde oder ob der Wert an einem Objekte haftet, an welchem der bis dahin Forderungsberechtigte infolge der Entgegennahme Besitz und Recht erlangt hat.

Wird das Geschuldete vom Schuldner dargereicht und vom Gläubiger entgegengenommen, so findet eine friedliche Ausübung der Nehmebefugnisse des Gläubigers statt, ebenso wie

bei der Restitution des Besitzes an den Eigentümer eine friedliche Ausübung der Nehmebefugnis des Eigentümers; mit dem Unterschiede, daß der Gegenstand der Schuldleistung nicht eine dem Gläubiger gehörige, d. h. das Objekt seines dinglichen Rechtes bildende Sache, sondern ein Wertbestandteil des schuldnerischen Vermögens ist. Der Gläubiger nimmt nicht eine ihm bereits als Rechtsobjekt gehörige Sache, sondern ein ihm bisher Fremdes entgegen. Äußerlich ist auch hier die befugte Handlung nicht verschieden von einem der subjektiven Berechtigung ermangelnden Nehmen, z. B. von dem Empfang eines Almosens oder einer irrtümlichen Leistung. Dem rechtlichen Wesen nach aber ist das befugte Nehmen ein ganz anderes als das unbefugte, es ist ebenso wie die friedliche Ausübung der dinglichen Nehmebefugnisse Betätigung eines Rechtszweckes und einer demselben entsprechenden Befugnis. Unterläßt der Schuldner die Leistung, so ist ein Rechtsstreit gegeben, in welchem die Nehmebefugnis des Gläubigers — wie in dem folgenden § 31 näher auszuführen ist — mittels der ihm vom Gesamtwillen zur Verfügung gestellten Rechtshilfe ausgeübt wird.

6. Dem subjektiven Erbrechte entspringen Nehmebefugnisse, deren Gegenstand das erblasserische Vermögen oder ein aliquoter Teil desselben ist. Wenn der Erbe einen einzelnen Nachlaßgegenstand, sei es außergerichtlich, sei es im gerichtlichen Wege, an sich nimmt, so ist sein Wollen auf das Nehmen des Gegenstandes als Teil des Erbvermögens (Erbstück) gerichtet. Die Befugnis hiezu erlangt der Erbanwärter nach manchen Rechtsordnungen schon durch den Tod des Erblassers, während nach anderen Rechtsordnungen ein rechtsgeschäftlicher Akt, der Erbschaftsantritt, hinzukommen muß. In letzterem Falle darf die rechtsgeschäftliche Macht des Erbanwärters zum Erbschaftsantritte nicht mit der rechtlichen Macht oder Befugnis des Erben, das mittels des Antrittes er-

worbene Erbvermögen an sich zu nehmen, verwechselt werden. Erstere entstammt den die Entstehung und Endigung des subjektiven Erbrechtes, letztere entstammt den das Wesen und den Inhalt des subjektiven Erbrechtes betreffenden Rechtsregeln. Ebensowenig darf das subjektive Erbrecht mit den Nehmebefugnissen, welche aus den einzelnen von dem Erben infolge der Universalsukzession erworbenen Rechten hervorgehen, vermengt werden. Die Universalsukzession hat zur Folge, daß der Erbe Eigentümer der dem Erblasser gehörig gewesenen Sachen, Gläubiger rücksichtlich der dem Erblasser zugestandenen Forderungen, Schuldner rücksichtlich der dem Erblasser obgelegenen Verbindlichkeiten wird. Das subjektive Erbrecht aber ist ein Rechtsverhältnis, das neben den einzelnen dem Erben überkommenen subjektiven Rechten einhergeht und selbständige Nehmebefugnisse erzeugt. Dem Erben stehen in Ansehung der Erbschaftsgegenstände nicht bloß die einzelnen Nehmebefugnisse aus den ihm überkommenen Rechtsverhältnissen, sondern zugleich eine besondere, selbständige erbrechtliche Nehmebefugnis, welche im Streitfalle die Gestalt der Erbschaftsklage (hereditatis petitio) annimmt, zu. Bedeutung hat diese selbständige erbrechtliche Nehmebefugnis allerdings nur unter der Voraussetzung, daß der Bestand des erblasserischen Rechtes an dem Streitgute außer Frage steht. Wenn das Recht des Erblassers bestritten ist, geht die erbrechtliche Nehmebefugnis in dem auf den Erben übergegangenen Rechtsverhältnisse auf; für eine selbständige erbrechtliche Nehmebefugnis und Klage ist dann kein Raum mehr vorhanden. Die erbrechtliche Universalsukzession ist somit ein Rechtsverhältnis zwischen dem Erben und allen Gegenständen des Erbvermögens, aus dem ein selbständiges Recht des Erben, diese Gegenstände an sich zu nehmen, resultiert. Wenn für dieses Verhältnis die Fiktion verwendet wird, der Erbe werde so behandelt, als ob die vermögens-

rechtliche Persönlichkeit des Erblassers auf ihn übergegangen wäre, so ist die Fiktion hier, wie überall, nichts anderes als eine der abgekürzten Darstellung dienende Redeweise. In Wahrheit kann weder davon, daß die Rechtsverhältnisse des Erblassers diesen überleben, noch von einer Fortsetzung der erblasserischen Persönlichkeit durch den Erben die Rede sein. Rechtsverhältnisse sind ohne eine Persönlichkeit als Träger undenkbar. Unvorstellbar ist aber auch die Fiktion, daß die Persönlichkeit des Erblassers auf den Erben übergehe, so daß der Erbe mehrere Persönlichkeiten in sich vereinige. Soll etwa eine Mehrheit von Miterben die erblasserische Persönlichkeit aufteilen? Oder soll eine Art juristischer Unsterblichkeit und Seelenwanderung supponiert werden, zufolge deren der Erbe die ihm überkommene erblasserische Persönlichkeit wieder auf seine Erben und diese letzteren auf die ihrigen in einer unabsehbaren Reihe von Generationen fortpflanzen? Alle solchen abenteuerlichen Vorstellungen entfallen, wenn man, den Boden der Tatsachen unverrückbar festhaltend, den erbmäßigen Erwerb als eine der Rechtserwerbarten überhaupt, das daneben einhergehende Erbrecht aber als ein selbständiges, das ganze Erbvermögen und demzufolge auch jedes einzelne Stück desselben ergreifendes Nehmerecht behandelt.

7. Genußmöglichkeit kann nicht bloß an körperlichen Dingen, sondern auch an *verkörperungsfähigen Geistesprodukten oder Ideen* als immateriellen Gütern bestehen, und zwar in doppelter Weise: als Potenz eines bloß geistigen Genusses, sodann als Potenz eines wirtschaftlichen Genusses, als Möglichkeit ökonomischer Ausnützung oder Verwertung. Nur die wirtschaftliche Genußmöglichkeit bildet den Inhalt der Rechte an immateriellen Gütern. Diese unterscheiden sich von den sonstigen dinglichen Vermögensrechtsverhältnissen darin, daß ihre Objekte nicht konkrete körperliche Sachen, sondern Ideen, sofern denselben die Eigenschaft von Vermögensgütern

zukommt, sind. Die Eigenschaft von Vermögensgütern erlangen Ideen bloß im Wege ihrer Darstellung in sinnlichen Erscheinungen. Der Rechtszweck besteht darin, dem Rechtssubjekte die wirtschaftliche Ausnützung und Verwertung von in äußeren Erscheinungen versinnlichten Geisteswerken (wissenschaftlichen, künstlerischen, technischen, gewerblichen Charakters) sozial zu ermöglichen. Die einzelnen Handlungen, welche diesem Zwecke dienen, sind, je nach der Art des Geisteswerkes, sehr mannigfaltige; gemeinschaftlich ist ihnen jedoch die Eignung zur Verwirklichung eines wirtschaftlichen Wohlfahrtszweckes. Die rechtliche Machtbefugnis zu ihrer Vornahme ist der Inhalt der Autorrechte, der Erfinderrechte, der Marken- und Musterschutzrechte, der gewerblichen Rechte.

Auch bei den Immaterialgüterrechten sind Befugnisse des unmittelbaren Genießens und Befugnisse des Nehmens, der Herbeischaffung des Besitzes, zu unterscheiden. Der unmittelbare Genuß besteht in der wirtschaftlichen Verwertung, erfolgt daher im Wege der Ausnützung der Erscheinungen (Werken und Handlungen), in denen das Geisteswerk versinnlicht ist, und zwar sowohl durch eigenen Gebrauch dieser Erscheinungen, als dadurch, daß deren Gebrauch anderen überlassen wird. Einer besonderen Hervorhebung der „Ausschließlichkeit“ der einschlägigen Befugnisse bedarf es ebensowenig, als bei den Befugnissen des Eigentümers einer körperlichen Sache. Die rechtliche Macht der wirtschaftlichen Ausnützung einer Idee im Wege einer Versinnlichung derselben involviert, sofern sie eine vollständige zu sein bezweckt, die Ausschließlichkeit ebenso, wie das Eigentumsrecht die Ausschließlichkeit der Benützung eines körperlichen Gegenstandes in sich schließt; nämlich in der Art, daß ihr die Verbindlichkeit der Rechtsgenossen korrespondiert, sich aller solcher Handlungen zu enthalten, durch welche die natürliche Genußmöglichkeit, der Besitz des Berechtigten, geschmälert wird. Der B e s i t z eines

immateriellen Gutes erheischt kein körperliches oder räumliches Verhältnis zu seinem Gegenstande; er besteht in der natürlichen Möglichkeit, die Idee in ihren sinnlichen Erscheinungen wirtschaftlich zu verwerten. In dieser Lage befindet sich der Autor eines literarischen Werkes oder Musikstückes zunächst so lange, als dasselbe nicht veröffentlicht, der Schöpfer und der Besitzer eines plastischen Kunstwerkes, solange dasselbe nicht vervielfältigt, der Erfinder, solange die Erfindung nicht bekannt gemacht wurde. Sobald auch andere Personen der Idee teilhaftig geworden sind, hängt die Ausnützungsmöglichkeit, somit der Besitz am Geisteswerke als wirtschaftlichem Gute von dem Verhalten dieser Anderen ab. In dem Maße, in welchem sie von der Idee wirtschaftlichen Gebrauch machen, beeinträchtigen sie dessen Besitz. Es läßt sich denken, daß der ursprüngliche Besitzer das Immaterialgut wiedererlangt, indem der Störer des Besitzes diesen restituiert. So mag der Nachdrucker eines Werkes alle nachgedruckten Exemplare ausfolgen oder vernichten, der Nachahmer einer technischen Erfindung mag die Nachahmung einstellen, der Theaterunternehmer, welcher ein Drama ohne Bewilligung des Autors aufgeführt hat, mag die Aufführungen in Hinkunft unterlassen. In allen solchen Fällen erlangt der frühere Besitzer die natürliche Möglichkeit, das Immaterialgut wirtschaftlich vollständig zu verwerten von neuem, und behält dieselbe insolange, bis ein neuer Eingriff stattfindet. Alles dies gilt in gleicher Weise, ob nun ein Recht des Autors oder sonstigen ursprünglichen Besitzers des Immaterialgutes supponiert wird oder nicht (§ 29, Z. 4).

Hieraus ergibt sich, daß die Nehmebefugnis bei den Rechten an Immaterialgütern anders geartet sind, als bei den Rechten an körperlichen Sachen. Auch sie enthalten zwar die soziale Macht zur Herstellung des Besitzes als des Zustandes natürlicher Genußmöglichkeit. Da aber der Besitz bloß durch

menschliches Tun und menschliche Werke, nicht auch, wie beim Eigentümer, durch räumliche Entfernung des Objektes beeinträchtigt werden kann, so besteht die Befugnis, den Besitz an sich zu bringen, darin, daß jene menschlichen Werke vernichtet oder dem Berechtigten ausgefolgt werden, und daß ihre Urheber dazu bestimmt werden, sich weiterhin der Hervorbringung und Benützung solcher, den Besitz des Berechtigten beeinträchtigende Werke zu enthalten. Auch hier ist die Befugnis und ihre Betätigung nach ihrem Zwecke zu beurteilen, der nicht darin besteht, Wertgegenstände zu vernichten, den Besitzstörern Schaden zuzufügen oder die Freiheit des Handelns zu beschränken, sondern darin, dem Berechtigten die ihm gewährleistete soziale Möglichkeit, die Idee wirtschaftlich auszunützen, zu restituieren. Und auch diese Nehmebefugnis ist materiellrechtlich eine und dieselbe, ob sie nun im Wege der freiwilligen Restitution seitens des Besitzstörers oder ob sie im Wege der Rechtshilfe betätigt wird.

Nicht zum Inhalte der Immaterialgüterrechte gehören die Ansprüche auf Ersatz des durch ihre Verletzung verursachten Schadens oder Gewinstentganges. Solche Ansprüche bilden selbständige Forderungsrechte, geradeso wie die Ersatzansprüche, welche ein im Sachbesitze gestörter Eigentümer zu erheben berechtigt ist. Obgleich dort wie hier die Entstehung der Ersatzforderung eine Konsequenz des dem verletzten Rechte zu Grunde liegenden Rechtszweckes bildet, so ist doch die aus der Verletzung als deren Rechtsfolge hervorgehende Ersatzforderung ein neues, von dem Mutterrechte losgelöstes und eigenen Rechtsregeln unterliegendes Rechtsverhältnis.

8. Auch den persönlichen Rechten entspringen Befugnisse des Genießens und Befugnisse des Nehmens. Solange sich der Herrschaftsberechtigte im Besitze, also im Verhältnisse natürlicher Möglichkeit, die eigenen oder die Gutseigenschaften der ihm Untergebenen (sei es für seine Inter-

essen, sei es für von ihm vertretene private oder öffentliche Interessen) zu benützen, befindet, ist er zu eben diesem Zwecke der Unterstützung der Rechtsgenossen und der staatlichen Organe teilhaftig. Mangelt jedoch der Besitz, ist zum Beispiel der einer privatrechtlichen Herrschaft unterliegende Sklave oder Leibeigene entlaufen oder unter die eines Rechtes ermangelnde natürliche Herrschaft anderer Personen geraten, befindet sich ein der väterlichen Rechtsgewalt unterstehendes Kind in fremder Gewalt, hat eine Behörde infolge eines Volksaufstandes, ein Kommandant infolge einer Militärrevolte die natürliche Möglichkeit der unmittelbaren Wahrung der Staatsinteressen verloren, so können die den Berechtigten sodann zustehenden Befugnisse nicht mehr Handlungen unmittelbarer Benützung der untergebenen Willenskräfte, sondern nur solche Handlungen betreffen, welche geeignet sind, die Personen, an denen oder mittels deren diese Interessen realisiert werden, in das Verhältnis natürlicher Machtunterworfenheit zurückzubringen. Diese Handlungen fallen — gleichviel ob sie in friedlicher Weise oder im Streitwege ausgeübt werden (§ 30) — unter den allgemeinen Begriff des Nehmens und die ihnen entsprechenden rechtlichen Machten unter den allgemeinen Begriff der Nehmebefugnis. Der Berechtigte bringt mittels ihrer die Objekte seiner Herrschaft in seine unmittelbare Machtsphäre. Die Befugnis oder rechtliche Macht hiezu ist ein Ausfluß seines Herrschaftsrechtes, und ist von den demselben Herrschaftsrechte entspringenden Befugnissen zur unmittelbaren Benützung der Gutseigenschaften der beherrschten Personen in derselben Weise zu unterscheiden, wie das Genußrecht des Eigentümers von seinem Nehmerechte.

9. Die im Sinne der vorangehenden Erörterungen den einzelnen Arten subjektiver Rechte innewohnenden Befugnisse des Genießens und Nehmens resultieren als soziale Machten aus der tatsächlichen Geltung der Rechtsregeln. Wenn es auch

schon aus dem in § 24, Z. 3, Gesagten erhellt, so sei doch behufs Vermeidung von Mißverständnissen nochmals betont, daß sich an jede Befugnis ein aus der normativen Funktion derselben Rechtsregeln resultierender Anspruch gegenüber den rücksichtlich ihrer in Betracht kommenden Rechtsgenossen anschließt. Diejenigen Rechtsgenossen, deren Interessen durch die Befugnisse berührt werden, sind in ihrer den Gegenstand der Befugnisse betreffenden natürlichen Macht beschränkt, zugleich aber auch verpflichtet, sich dieser Beschränkung zu fügen.

§ 29. Besitz und subjektives Recht. Lebensverhältnis und Rechtsverhältnis.

1. Eine Anschauung vom positiven Rechte, welche in diesem einen Komplex von Regeln tatsächlichen Verhaltens erkennt, kann das Wesen des Gegensatzes zwischen Besitz und subjektivem Rechte nicht darin finden, daß der Besitz ein tatsächliches, das subjektive Recht aber ein, sei es aus ethischen, sei es aus gesetzgeberischen Imperativen und Erlaubnissen konstruiertes Verhältnis sei. Auch subjektives Recht ist ihr ein auf tatsächlichen Erscheinungen beruhendes Verhältnis, allerdings nicht auf tatsächlichen Erscheinungen im Sinne eines wirklichen, wohl aber in dem Sinne eines potentiellen Geschehens. Allein in gleicher Weise ist auch die Tatsache des Besitzes nicht eine Erscheinung der Wirklichkeit. Niemand stellt sich zum Beispiel beim Sachbesitze ein wirkliches Festhalten der Sache mit der dem Besitzer innewohnenden Kraft oder auch nur eine wirkliche kausale Beeinflussung der Sache durch die Willenskraft des Besitzers vor. Auch Besitz ist ein Verhältnis der Macht, die einem Willenssubjekte rücksichtlich eines Willensobjektes zusteht, also bloß Potenz von Handlungen, der zwar Tatsächlichkeit (im Gegensatze zum Sollen), nicht aber Wirklichkeit

(im Gegensatze zum bloß Möglichen) zukommt. Der Gegensatz zwischen Besitz und subjektivem Recht ist demgemäß ein Gegensatz zweier Machtverhältnisse. Besitz bedeutet das isolierte Machtverhältnis einer durch das Vorhandensein der außersozialen oder natürlichen Bedingungen gesetzten, also natürlichen Macht; subjektives Recht bedeutet das soziale Verhältnis einer durch das Vorhandensein der sozialen Bedingungen begründeten, also rechtlichen Macht eines Willenssubjektes über ein Objekt. Da jede Macht, die natürliche sowohl als die rechtliche Macht, durch ein Wohlfahrtsinteresse determiniert ist, so läßt sich der Gegensatz näher dahin präzisieren, daß subjektives Recht eine dem Subjekte zustehende rechtlich-soziale Genußmöglichkeit, Besitz aber eine dem Subjekte zustehende natürliche Genußmöglichkeit beinhaltet. Während aber die rechtlich-soziale Genußmöglichkeit eine zweifache, nämlich diejenige eines unmittelbaren Genusses und diejenige eines Ansichnehmens ist, entspricht dem Begriffe des Besitzes nur die natürliche Möglichkeit unmittelbaren Genießens; das mittelbare Genießen oder Nehmen bildet zwar ebenfalls den Gegenstand einer natürlichen Macht, fällt jedoch nicht unter den Begriff des Besitzes.

Besitz im weitesten, nicht bloß körperliche Gegenstände (Sachbesitz), sondern auch andere Güter erfassenden Sinne ist daher ein Verhältnis außersozialer oder natürlicher Macht eines Willenssubjektes zum (unmittelbaren) Genusse eines Gutes.[51])

2. In dieser Definition sind die beiden Elemente des Besitzes, welche in der Rechtssprache als Innehabung (corpus) und Besitzwille (animus possidendi) unterschieden werden, synthetisch verbunden. Denn jede Macht ist durch das Zusammentreffen eines (wenn auch nicht aktuellen, so doch potentiellen) Wollens (einer Willensenergie) und der äußeren Be-

dingungen für den Erfolg dieses Wollens gegeben. Das Merkmal „Besitzwille“ (animus) ist nicht dahin zu verstehen, daß der Besitzer sich in jedem Augenblicke seiner Macht über das Objekt bewußt und in deren Betätigung begriffen sein muß. Ebenso wie bei dem Begriffe des subjektiven Rechtes als rechtlich-sozialer Macht, genügt für den Begriff des Besitzes als außersozialer Macht das Wollen als Potenz, als die im Subjekte ruhende Willensenergie, die sich in Hinkunft in eine lebende oder tätige Energie verwandeln mag. Der Umfang des Besitzwillens kann kleiner sein als die ihm durch die natürlichen Bedingungen zur Verfügung gestellte Genußsphäre; der Besitz ergreift dann nur jene Seiten oder Eigenschaften des Objektes, rücksichtlich deren ebensowohl die äußeren Bedingungen (das corpus) als die Willensenergie des Subjektes (der animus) vorhanden sind. Er kann sich aber — soweit er im Rechtsleben überhaupt eine Rolle spielt — niemals weiter erstrecken, als er sich erstrecken würde, wenn dem Besitzer außer der natürlichen Macht auch die rechtlich-soziale Macht des in Frage stehenden Gütergenusses zustünde. Denn für das Rechtsleben kommt Besitz nur in der Entgegensetzung zum subjektiven Rechte in Betracht, somit nur in Ansehung jener Arten des Gütergenusses, welche den Gegenstand subjektiver Rechte bilden. Daher ist die Beantwortung der Frage, ob ein Besitz und inwiefern ein solcher möglich ist, davon abhängig, ob und inwiefern ein korrespondierendes subjektives Recht an dem Objekte nach den jeweils geltenden Rechtsregeln möglich ist. So hatte der wirkliche und der vermeintliche Mieter einer Sache als solcher im römischen und im gemeinen Rechte keinen Besitz an der Sache, weil er als solcher keinen Genuß der Sache selbst für sich in Anspruch nahm, sondern als Objekt seines Rechtes nur die Überlassung der Sache seitens des Mieters betrachtete und betrachten konnte. Würden hingegen die Rechtsregeln des Mietvertragsverhältnisses

dahin gehen, daß der Mietberechtigte, unabhängig davon, ob der Vermieter ihm das Objekt überläßt oder nicht, eine rechtlich-soziale Macht zum Genuß der Sache habe, so würde es auch einen korrespondierenden Besitzwillen und demzufolge auch einen Mietbesitz geben. Desgleichen findet Servitutbesitz nur rücksichtlich solcher Genußmöglichkeiten statt, welche zugleich mögliche Gegenstände von Servitutsrechten sind.

3. Sobald wir von einem rechtlichen Schutz des Besitzes sprechen, haben wir schon dem Begriffe der natürlichen Macht denjenigen einer rechtlich-sozialen Macht, also eines Rechtsverhältnisses, hinzugefügt. Es ist daher ein ganz vergebliches, weil in sich widersprechendes Bemühen, einen sogenannten „rechtlichen Besitzschutz", der kein Rechtsverhältnis involvieren würde, ausfindig zu machen. Es kann vielmehr nur in Frage stehen, welcher Art das dem Besitzschutz zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ist, d. h. worin einesteils der ihm innewohnende Wohlfahrtszweck, andernteils die aus ihm resultierenden Befugnisse bestehen. Wenn und insoweit als der Rechtszweck des „Besitzschutzes" darin liegt, dem Besitzer als solchen die Möglichkeit des Genusses am Besitzobjekte rechtlich zu ermöglichen, wenn demgemäß mit dem Besitz an und für sich, ohne Hinzutritt eines anderen Tatbestandes, Befugnisse für den Besitzer verknüpft sind, so ist der Besitz als Tatbestand der Entstehungsgrund eines Rechtsverhältnisses, etwa so, wie auch an dem natürlichen Verhältnisse des Vaters zum Kinde als Tatbestand ein Rechtsverhältnis haftet. In dieser Art ist ein Rechtsverhältnis mit dem in rechtmäßiger Weise erworbenen und redlichen Sachbesitze verbunden. Denn dem redlichen Besitzer stehen, auch wenn er Eigentümer zu sein gar nicht behauptet, Befugnisse des Genießens und des Nehmens insoweit und insolange zu, als der Eigentümer oder ein anderer späterer redlicher Besitzer die Sache nicht für sich in Anspruch nimmt. Der Rechtszweck

ist der, dem redlichen Besitzer den Genuß der Sache insoweit zu gewährleisten, als sie sonst herrenlos und unbenützt bliebe oder einem unredlichen Besitzer anheimfallen würde; und aus diesem Rechtszwecke entspringen die dem redlichen Besitzer als solchen zukommenden Befugnisse, die Sache zu genießen und, wenn sie ihm abhanden gekommen ist, an sich zu nehmen. Mit dem nackten Sachbesitze hingegen ist kein Rechtsverhältnis zur Sache verbunden. Denn der sogenannte „Schutz gegen Besitzstörungen" greift nur im Falle gewalttätiger, heimlicher oder betrügerischer Entziehung oder Beeinträchtigung des Besitzes Platz, und beinhaltet materiellrechtlich die Befugnis des bisherigen Besitzers, die Sache, beziehungsweise die ihm entzogene natürliche Genußmöglichkeit, dem Besitzstörer als solchen wieder wegzunehmen. Diese Nehmebefugnis beruht nicht auf einem Rechtsverhältnisse zur Sache (dem der Rechtszweck einer Genußmöglichkeit an dieser innewohnen würde), sondern auf einem Rechtsverhältnisse zum Besitzstörer. Sie ist keine dingliche Nehmebefugnis, weil sie nicht die rechtliche Macht zur Herbeiführung einer unmittelbaren Genußmöglichkeit an der Sache beinhaltet; sie ist aber auch nicht der Nehmebefugnis des Forderungsrechtes gleichzustellen, weil sie nicht die Entnahme eines Wertes aus dem Vermögen des Besitzstörers bezweckt. Das ihr zu Grunde liegende Rechtsverhältnis zwischen dem Besitzer und dem Besitzstörer ist somit ein infolge der Besitzstörung entstandenes subjektives Nehmerecht eigener Art. Dies nicht etwa deshalb, weil seine gerichtliche Geltendmachung in einem anderen Prozeßverfahren als in demjenigen des ordentlichen Rechtsweges erfolgt, oder weil ihm die Rechtshilfe überhaupt nicht durch Gerichtsorgane, sondern durch andere Behörden (prätorisches Interdikt) gewährt wird, sondern deshalb, weil es materiellrechtlich keine andere Befugnis hervorbringt als jene, die Sache dem Besitzstörer als

solchen abzunehmen. Diese Befugnis wird, als Nehmehandlung, im friedlichen Wege ausgeübt, wenn der Besitzstörer die Sache restituiert; sie wird im streitigen Wege betätigt, wenn der Besitzer die Sache dem Besitzstörer mit behördlicher (gerichtlicher oder prätorischer) Hilfe entzieht. Noch weniger können etwaige neben diesem Nehmerechte einhergehende Ersatzansprüche des im Besitze Gestörten den nackten Besitz als Rechtsverhältnis erscheinen lassen. Sie sind selbständige Forderungsrechte, deren Wesen sich in keiner Weise von anderen Geldobligationen unterscheidet.

4. Aus der Parallele, welche zwischen natürlicher und rechtlich-sozialer Genußmöglichkeit obwaltet, hat sich uns die Konsequenz ergeben, daß Besitz nur an solchen Gütern bestehen kann, welche Objekte eines subjektiven Rechtes bilden können. Hieraus folgt, daß in wissenschaftlicher Ausdrucksweise von einem „Besitze an subjektiven Rechten" nicht die Rede sein kann. „Besitz" an subjektiven Rechten ist keine mögliche Vorstellung. Denn subjektive Rechte sind keine — sei es materielle, sei es immaterielle — Dinge, sondern Verhältnisse, die bloß in einem rechtlich-sozialen Verhalten der Rechtsgenossen ihren Grund haben und von einem solchen abgesehen, außerhalb der Rechtsordnung, überhaupt nicht bestehen und vorgestellt werden können. Ein subjektives Recht kann ich gar nicht anders haben als rechtlich, d. h. insofern, als mir im positiven Rechte eine Genußmöglichkeit gewährleistet ist. Der Ausdruck: „Besitz an Rechten", z. B. Besitz einer Servitut, eines Mietrechtes, eines Patentrechtes usw., ist (wenn darunter etwas anderes gemeint ist als das Recht selbst) eine der vielen nur als Abkürzungen zulässigen figürlichen Redeweisen der Rechtssprache, die nur zu leicht zu Mißverständnissen und verfehlten Folgerungen verleiten. Umso dringender ist die wissenschaftliche Betrachtung veranlaßt, den wahren, hinter ihnen verborgenen Sachverhalt im Auge zu

behalten. Wenn wir von einem Servitutsbesitz (im Gegensatze zum Servitutsrechte) sprechen, so haben wir nicht die widersinnige Vorstellung, daß jemand ein Servitutsrecht unabhängig vom Bestande eben dieses Servitutsrechtes in seiner natürlichen Macht habe; sondern wir sagen aus, daß der sogenannte Servitutsbesitzer derzeit zufolge natürlicher Umstände in der Lage ist, die Sache in jenem Umfange und in jener Richtung zu benützen, wie ein Servitutsberechtigter sie zufolge rechtlich-sozialer Umstände zu benützen vermöchte. Der Servitutsbesitzer hat die natürliche Macht zur Vornahme jener Genußhandlungen, zu denen ein Servitutsberechtigter die rechtlich-soziale Macht hätte. Nur in diesem Sinne dürfen insbesondere die Besitze an immateriellen Gütern verstanden werden, trotzdem rücksichtlich ihrer Ausdrücke, wie: „Besitz am Patentrechte", „am Autorrechte", „am Markenrechte" usw. gang und gebe sind. In Wahrheit hat solcher Besitz (wie bereits in § 28, Z. 8, bemerkt wurde) nur die in der Erfindung, im Geisteswerk liegenden Ideen oder Ideenkomplexe, insofern sie mittels der Möglichkeit ihrer Versinnlichung einen wirtschaftlichen Wert haben, zum Gegenstande. Da wirtschaftliche Verwertbarkeit eines immateriellen Gutes nur im sozialen wirtschaftlichen Verkehre möglich ist, so kann der Besitz, die natürliche Macht solcher Verwertung, nur durch konkurrierende Verwertung seitens anderer Personen beeinträchtigt werden. Eine Aufhebung des Besitzes durch Verlust oder Beschädigung, wie sie bei körperlichen Gütern stattfindet, ist bei immateriellen Gütern ihrem Wesen nach ausgeschlossen. Daher dauert der Besitz an einem immateriellen Gute so lange, als niemand anderer sich desselben bemächtigt, d. h. so lange, als niemand anderer die Idee im Wege ihrer Versinnlichung verwertet. Insofern ist die Grundlage des Besitzes beim immateriellen Gute eine ähnliche wie die Grundlage des korrespondierenden Rechtes, nämlich in beiden Fällen

ein Verhalten der Rechtsgenossen. Während aber dieses Verhalten als Grundlage des subjektiven Rechtes ein durch Rechtsregeln bestimmtes, den Gegenstand von Rechtsverbindlichkeiten bildendes ist, stellt es als Grundlage bloßen Besitzes nur eine Summe isolierter, voneinander unabhängigen Unterlassungen, somit ein in rechtlich-sozialer Beziehung zufälliges Zusammentreffen dar. Dieser Besitzstand kann in jedem Augenblick durch eine konkurrierende Verwertung der Idee seitens einzelner Personen gestört werden; ob und inwiefern sodann dem bisherigen Besitzer als solchem, ähnlich wie dem Besitzer einer körperlichen Sache, also ohne Rücksicht auf ein ihm zustehendes oder nicht zustehendes subjektives Recht, dem Besitzstörer gegenüber eine besondere, auf die Wiederherstellung seines Besitzstandes gerichtete Nehmebefugnis gewährt wird oder nicht, ist eine Frage, die nach Maßgabe der einschlägigen rechtspolitischen Momente in verschiedenen positiven Rechten verschieden gelöst werden mag.

5. Auch den Herrschaftsrechten korrespondieren Besitzverhältnisse als Verhältnisse natürlicher Herrschaft von Personen über Personen, die sich von Herrschaftsrechten dadurch unterscheiden, daß sie an und für sich (d. h. ohne hinzutretendes subjektives Recht) der Unterstützung durch regelmäßiges, rechtlich-soziales Verhalten der Rechtsgenossen und ihrer Organe ermangeln. Gleichwohl können, ebenso wie bei dem Besitze körperlicher Sachen, positive Rechtsregeln gelten, welche für die Herrschaftsbesitzer, auch wenn sie nicht zugleich Herrschaftsberechtigte sind, bei einer der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufenden Störung ihres Besitzes die Befugnis zur Wiederherstellung des früheren Zustandes begründen. Ein derart entstehendes Rechtsverhältnis wäre in gleicher Weise, wie dasjenige des in einem Sachbesitze Gestörten, nicht ein mit dem Besitze selbst verbundenes, sondern ein Verhältnis zu dem Besitzstörer, lediglich in der Nehmebefugnis, den

früheren Zustand dem Besitzstörer gegenüber wieder herzustellen, bestehend. Doch gilt auch hier die oben unter Z. 2 besprochene Voraussetzung, daß für die Rechtsordnung nur ein solches Verhältnis natürlicher Macht in Betracht kommt, das seiner Art nach zugleich ein rechtliches sein könnte. Die Störung eines Gewaltverhältnisses, das seiner Art nach niemals einer rechtlichen Unterstützung teilhaftig, somit niemals von einem Rechtsverhältnisse begleitet sein kann, wird, mag sie auch in gewalttätiger Weise erfolgen, für den Gewalthaber keine Befugnis, die Gewalt wieder zu erlangen, hervorbringen.

6. Die hier vertretene Auffassung des Besitzes als Verhältnis natürlicher oder außersozialer Macht im Gegensatze zu rechtlich-sozialer Macht dürfte geeignet sein, die Theorie des Besitzes von vielen ihn derzeit anhaftenden Unklarheiten zu befreien. Wir gewinnen einen einheitlichen Begriff, der sich in mehrfacher Richtung als fruchtbar erweisen und uns der Notwendigkeit entheben wird, in der Lehre vom Besitze zu Fiktionen und begrifflosen Worten, wie es zum Beispiel der sogenannte „Quasibesitz“ ist, Zuflucht zu nehmen. Da alle Dinge einem Besitze insofern zugänglich sind, als sie Träger von Gutseigenschaften, Genußobjekte, sind, so wird nichts Befremdliches darin liegen, wenn wir Besitz an Dingen auch in einer auf bestimmte Gutseigenschaften beschränkten Ausdehnung annehmen, und überhaupt im Besitze als natürlicher Genußmöglichkeit eine ähnliche Elastizität, wie wir sie in § 27 bei der rechtlichen Genußmöglichkeit konstatieren konnten, vorfinden. Im Zusammenhange mit der in dem nachfolgenden § 31 darzulegenden Auffassung des materiellen Klagerechtes wird ferner die hier angebahnte Besitztheorie den Widerspruch beseitigen, dessen die herrschenden Lehren sich schuldig machen, wenn sie auf der einen Seite den Rechtsschutz als Schutz eines subjektiven Rechtes und auf der anderen Seite den Besitzesschutz doch wieder als Rechtsschutz erklären,

trotzdem sie den Besitz, als Faktum, dem subjektiven Rechte entgegensetzen. Weiters wird die Unterscheidung des sogenannten „juristischen Besitzes“ von dem sogenannten „Naturalbesitze“ eine sachgemäße Klärung erfahren, wenn wir nicht kritiklos von „Rechtsfolgen“ des Besitzes sprechen, sondern die Rechtsfolgen als Rechtsverhältnisse begreifen, die entweder aus dem Lebensverhältnisse des Besitzes an und für sich oder aus gewalttätiger, betrügerischer oder heimlicher Störung des Lebensverhältnisses entstehen. Diese und andere pragmatische Resultate, welche sich aus der Auffassung des Besitzes als natürliche Genußmöglichkeit eines Rechtsgutes ergeben, näher darzutun, ist hier nicht der Ort. Nur die mit derselben in engem Zusammenhange stehende Unterscheidung zwischen den Begriffen „Lebensverhältnis“ und „Rechtsverhältnis“ möge wegen ihrer allgemeinen Bedeutung für die Rechtslehre noch berührt werden.

7. Uns, die das positive Recht und dessen sämtliche Erscheinungen als Tatsachen erkennen, sind die Rechtsverhältnisse zweifellos Verhältnisse des sozialen Zusammenlebens, somit Lebensverhältnisse, wenn hiebei unter „Leben“ nicht bloß das isolierte, sondern auch das soziale Leben der Menschen verstanden wird. Eine Unterscheidung zwischen „Rechtsverhältnis“ und „Lebensverhältnis“ kann nur dann aufgestellt werden, wenn man das Attribut „Leben“ nicht in diesem weiteren (soziales und isoliertes Leben umfassenden) Sinne, sondern in dem engeren eines vereinzelten menschlichen Lebens gebraucht. Wir haben somit den Begriff Lebensverhältnis im weiteren Sinne, der auch die rechtlich-sozialen Lebensverhältnisse (Rechtsverhältnisse) umfaßt, zu unterscheiden, von dem Lebensverhältnisse im engeren Sinne, das auf isolierten Lebenszwecken der beteiligten Personen beruht. Akzeptiert man den Sprachgebrauch, der diesen letzteren Verhältnissen allein im Gegensatze zu den Rechtsverhältnissen

den Namen „Lebensverhältnis" vorbehält, so haben wir die Lebensverhältnisse wieder in zwei Arten zu trennen, je nachdem, ob sie im positiven Rechte Tatbestände, an welche die Entstehung eines Rechtsverhältnisses geknüpft ist, d. h. rechtlich relevant, sind oder nicht. Ein bloß räumliches Beisammensein von Menschen, Freundschaft, Dankesschuld, religiöse Unterordnung, sind Verhältnisse des isolierten Lebens der Menschen, an welchen die Rechtsgesellschaft kein Interesse nimmt, mit deren Vorhandensein sie keine Rechtsverhältnisse verbindet. Besitz von Vermögensgütern, Elternschaft, Ehe, Verein, hingegen sind Verhältnisse des isolierten Lebens, welche vielfach die rechtlich-sozialen Interessen tangieren, und die deshalb bedingende Tatbestände von Rechtsregeln (§ 18) bilden, so daß beim Vorhandensein jener an und für sich isolierten oder natürlichen Lebensverhältnisse soziale Machtverhältnisse, d. h. Rechtsverhältnisse stattfinden. Dies geschieht entweder in der Art, daß die Rechtsverhältnisse mit den Lebensverhältnissen von selbst und während deren Dauer konstant gegeben sind, wie bei dem elterlichen Verhältnisse oder beim redlichen Besitz; oder in der Art, daß Rechtsverhältnisse erst aus Ereignissen entstehen, für welche der Bestand des Lebensverhältnisses eine Voraussetzung bildet, wie bei der Besitzstörung. Im ersteren Falle wird das Rechtsverhältnis zumeist mit demselben Namen bezeichnet, der für die Bezeichnung des korrespondierenden Lebensverhältnisses sprachgebräuchlich ist. Die Unklarheiten und Vermengungen, die aus solcher Verwendung eines und desselben Ausdruckes zur Benennung des Lebensverhältnisses und des korrespondierenden Rechtsverhältnisses leicht entstehen, werden nur durch strenge begriffliche Auseinanderhaltung der beiden Verhältnisarten (wie sie rücksichtlich des „Besitzes" in den voranstehenden Ausführungen, Z. 1—6, vorgenommen wurde) vermieden. In analoger Weise ist bei der Betrachtung

anderer, konstant von Rechtsverhältnissen begleiteten Lebensverhältnissen zu verfahren. Wird zum Beispiel das Rechtsverhältnis „Ehe“ von dem Lebensverhältnis „Ehe“ scharf unterschieden, so werden wir keine Sonderbarkeit, sondern eine logische Konsequenz darin erblicken, daß man von einer nichtigen Ehe als von einem trotz der rechtlichen Unwirksamkeit fortbestehenden, rechtlich relevanten Verhältnisse spricht. Das Rechtsverhältnis der Ehe ist dann freilich nicht vorhanden, somit auch keine der aus dem ehelichen Verhältnisse regelmäßig resultierenden Befugnisse und Verbindlichkeiten der Ehegatten. Wohl aber kann das Eheverhältnis als Lebensverhältnis trotz seiner rechtlichen Ungültigkeit bestehen, sei es als ein religiöses Verhältnis, sei es als eine auf dauernden wechselseitigen Genuß der persönlichen Lebensgüter gerichtete Lebensgemeinschaft, die von dem rechtlich-sozialen Verhalten der Rechtsgenossen völlig unabhängig ist. Und auch für das Rechtsleben kann diese, wenn auch kein Rechtsverhältnis, so doch ein natürliches, vielleicht auch sittliches und religiöses Lebensverhältnis bildende Ehe von Bedeutung sein, insofern als sie (z. B. als Putativehe) nach Rechtsregeln den Entstehungsgrund für Rechtsverhältnisse abgibt.

In ähnlicher Weise ist auch jede andere Vereinigung mehrerer Personen zur Verfolgung gemeinschaftlicher Lebenszwecke in erster Reihe ein Lebensverhältnis, gleichviel ob mit demselben zugleich Rechtsverhältnisse und demgemäß positivrechtliche Befugnisse und Verbindlichkeiten der Vereinsgenossen konstant verbunden sind oder, was dasselbe sagt, ob der Verein zu den rechtlich anerkannten oder rechtsfähigen gehört oder nicht. Der Verein als isoliertes Lebensverhältnis, in welchem mehrere Personen vermöge der Vereinigung ihrer Willenskräfte zur Realisierung gemeinsamer Interessen stehen, ist gegeben, wie immer sich die Rechts-

ordnung dazu verhalten möge. Jeder harmlose Geselligkeitsverein sowohl als jede Vereinigung zu anarchistischen oder sonstwie staatsgefährlichen Zwecken sind gleichermaßen Lebensverhältnisse. Wenn ein Verein rechtlich anerkannt oder rechtsfähig ist, so ist er dieses nur dadurch, daß mit dem an und für sich isolierten Lebensverhältnisse der Vereinsgenossen zugleich ein Befugnisse und Verbindlichkeiten derselben begründendes Rechtsverhältnis verknüpft wird. Positivrechtliche Anerkennung kann auch Vereinen, welche die idealsten und edelsten Zwecke verfolgen, versagt sein, und wenn ein Verein rechtlich „aufgelöst" wird, so bedeutet dies noch lange nicht, daß er seine Existenz als Lebensverhältnis verloren habe. Daher können auch mit dem fortbestehenden, wenn auch als Rechtsverhältnis aufgelösten Vereine Rechtsfolgen verbunden sein, in dem Sinne, daß zwar keine Befugnisse und Verbindlichkeiten unter seinen Mitgliedern mehr bestehen, daß der Verein aber als bloßes Lebensverhältnis nach wie vor einen Tatbestand oder ein Tatbestandsmoment abgibt, an deren Vorhandensein die Existenz eines anderweitigen Rechtsverhältnisses geknüpft ist. Daß aus dieser Selbständigkeit des Vereines als Lebensverhältnis die Supposition eines persönlichen Verbandswillens nicht folgt und nicht gefolgert werden sollte, wurde bereits im § 21 dargelegt.[52])

§ 30. Subjektives Recht im Frieden und im Streite.

1. Subjektives Recht resultiert aus dem regelmäßigen rechtlich-sozialen Verhalten des Rechtsgenossen in zweifacher Weise:

a) Derart, daß die Rechtsgenossen sich solcher isolierter Handlungen und Unterlassungen, die einem zum Rechtszwecke erhobenen potentiellen Willenserfolge des subjektiv Berechtigten widerstreiten, regelmäßig selbst enthalten;

b) derart, daß dem subjektiv Berechtigten die Hilfe der Rechtsgenossen (Rechtshilfe) zur Überwindung etwaiger,

dem Rechtszwecke widerstreitender isolierter Willensbestrebungen regelmäßig zur Verfügung steht.

Auf Grund der ersten Kategorie sozialen Verhaltens der Rechtsgenossen erscheint das subjektive Recht als „Recht im Frieden", auf Grund der zweiten Kategorie als „Recht im Streite".

So ist beispielsweise das Eigentumsrecht teils durch regelmäßige Selbstenthaltung der Rechtsgenossen von Störungen der Eigentumszwecke, teils durch die dem Eigentümer behufs Abwehr von Störungen der Eigentumszwecke zu Gebote stehende Rechtshilfe begründet. In beiden Fällen wird das Eigentumsrecht durch regelmäßiges Verhalten der Rechtsgenossen gesetzt: im ersten Falle im friedlichen Zusammenleben, im zweiten Falle in der Unterstützung oder Rechtshilfe, welche dem Eigentümer behufs Abwehr von Besitzstörungen oder behufs Wiedererlangung des Besitzes gewährt ist.

Könnte man einen gesellschaftlichen Zustand ewigen Friedens annehmen, einen Zustand, in welchem von niemandem angefochtene Arten der Verteilung der menschlichen wirtschaftlichen und kulturellen Güter dauernd bestünden, eine gesellschaftliche Ordnung, die ausschließlich auf gleichmäßigem spontanen Verhalten aller Gesellschaftsgenossen beruhte: so läge auch in einem solchen Zustande eine zu den natürlichen Machtverhältnissen hinzutretende soziale Ordnung und man vermöchte ihm den Charakter positiven Rechtes beizulegen. Ja man müßte ihn als die vollkommenste, dem obersten Rechtszwecke gesellschaftlicher Selbstbehauptung adäquat entsprechende Gestaltung des positiven Rechtes und der subjektiven Rechte ansehen. Denn durch die freiwillige Selbstenthaltung der Rechtsgenossen von konkurrierenden isolierten Zweckbestrebungen wäre eine Ordnung sozialer Machtverhältnisse gegeben, die beim vorausgesetzten Mangel aller Störungen den höchsten Grad der Allgemeinheit und Sicherheit besäße. Soziale Machten und so-

ziale Machtbeschränktheiten wären auch dann als regelmäßige Erscheinungen, im Unterschiede von den natürlichen Mächten und Machtbeschränktheiten, gegeben; nur daß sich ihre Regeln aus dem in den einzelnen Rechtsgenossen selbst sich vollziehenden Siege der sozialen über die außersozialen Antriebe und Verhaltungsweisen ergeben würden.

Allein jene Voraussetzung ist eine durchaus utopistische, durch keinerlei Erfahrung bestätigte, daher in einer Erfahrungswissenschaft vom Rechte schlechthin unverwendbare. Zunächst scheitert sie schon an der Unmöglichkeit der Voraussetzung, daß jeder Einzelne — auch beim besten Willen — die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Verhaltens überall richtig zu beurteilen vermöge. Sodann aber lehrt uns alle historische Erfahrung, daß die sozialen Neigungen und Zweckbestrebungen viel schwächer sind als die mit ihnen konkurrierenden isolierten Neigungen und Zweckbestrebungen der Menschen. Die den Rechtszwecken widerstreitenden isolierten Zweckbestrebungen würden zumeist obsiegen, wenn sie nicht bei jedem Konflikte den (im gegebenen Falle von keinen isolierten Sonderzwecken beirrten) sozialen Tendenzen der anderen Rechtsgenossen — beziehungsweise Staatsorgane — begegnen, und von diesen nicht bekämpft, in ihrer Betätigung nicht behindert werden würden. Im Bereiche der Erfahrungswelt kann somit ein Rechtszustand nicht vorgestellt werden, der auf den sozialen Neigungen der einzelnen Gesellschaftsmitglieder allein beruhen würde. Wir müssen vielmehr die Rechtshilfe gegenüber den von einzelnen Mitgliedern ausgehenden Störungen als einen erfahrungsmäßig notwendigen Bestandteil des Rechtslebens, als eine unumgängliche Voraussetzung jeder tatsächlich geltenden sozialen Machtordnung erkennen.

Nicht minder unmöglich wäre aber auch eine Rechtsordnung, welche ausschließlich auf der Gewährung rechtlich-

sozialer Hilfe gegen Störungen beruhen, welche daher jeder Selbstüberwindung isolierter Willenstriebe der einzelnen Rechtsgenossen durch deren soziale Tendenzen entbehren würde. Eine Gesellschaft, deren einzelne Mitglieder nur für ihre eigenen isolierten Interessen oder allenfalls für isolierte Interessen eines besonderen Verbandes (Familie, Stand, Partei usw.) tätig wären, daher von der Verletzung der Rechtszwecke bloß durch die anderen (an dem kollidierenden isolierten Interesse unbeteiligten) Rechtsgenossen oder durch die staatlichen Machten abgehalten wären, hätte keinen Bestand. Wenn alle Rechtsgenossen bei den sich ihnen darbietenden Gelegenheiten stehlen würden, so könnte sich gegen jeden einzelnen Dieb keine Koalition der anderen, kein Gesamtwille behaupten.

Beide Begründungsarten sozialer Macht, diejenige der Selbstenthaltung der einzelnen Rechtsgenossen von Störungen und diejenige der Rechtshilfe gegenüber solchen Störungen, sind daher einander ergänzende Formen sozialen Verhaltens; aus beiden zusammengenommen erwächst die Rechtsordnung und erwachsen die einzelnen Rechtsverhältnisse, aus denen sich die Rechtsordnung zusammensetzt. Dieses Zusammenwirken erfolgt aber in mannigfaltigen Modalitäten und Abstufungen, die zugleich Grade der Rechtssicherheit bilden, und geeignet sind, zahlreiche Erscheinungen und Variationen des Rechtslebens rationell zu erklären.[53])

2. Die soziale Hilfe zur Abwehr widerrechtlicher Angriffe ist in früheren Stadien der Rechtskultur, die sich in überwiegendem Maße als eine gewohnheitsrechtliche auf dem engen Gebiete kleinbürgerlicher und bäuerlicher Interessen bewegt, eine höchst mangelhafte. Die Abwehr bleibt zunächst der Eigenmacht des Berechtigten überlassen, dem allenfalls seine Sippen und Freunde, nicht aber die übrigen Rechtsgenossen oder besondere Organe derselben zur Seite stehen. Die Rechtsgenossen und deren Organe greifen in jenen Rechts-

ordnungen nur dann erst ein, wenn der Streit zu einem Kampfe ausgeartet ist, der die öffentliche Ordnung bedroht, und wenn der Berechtigte unterliegt oder zu unterliegen im Begriffe ist. Auch in dem System der Eigenmacht entbehrt der Berechtigte keineswegs der Rechtshilfe bei der Wahrung oder bei der Verfolgung seines Rechtsgutes. Der Mangel solcher Unterstützung wäre gleichbedeutend mit dem Mangel subjektiven Rechtes. Bloße Eigenmacht ohne Rechtshilfe wäre keine rechtliche, sondern eine isolierte Gewalt. Ihr Erfolg wäre nicht von Rechtsregeln, nicht vom Gesamtwillen, sondern ausschließlich von außersozialen oder natürlichen Umständen abhängig, daher ein in Bezug auf das Rechtsleben zufälliges Ereignis. Der Unterschied des Systems der rechtlichen Eigenmacht von demjenigen der durchgängigen Rechtshilfe ist somit bloß ein gradueller (§ 31, Z. 1). Aber auch in vorgeschrittenen Rechtsordnungen zeigt die rechtliche Gewährleistung sozialer Interessen mannigfache Grade der Ausdehnung und Intensität. So wird in den persönlichen Familienrechten, insbesondere ehelichen Rechten, Rechtshilfe vielfach nur in minderem Maße gewährt, als in den Vermögensrechten. Das gleiche gilt von verschiedenen öffentlichen subjektiven Rechten und den diesen immanenten Interessen, von denen manche (z. B. das staatliche Interesse an den öffentlichen Wahlen) erst in der neuesten Zeit einer Sicherung mittels Rechtshilfe teilhaftig geworden sind. Im Vermögensrechte bietet die Naturobligation ein Beispiel, zwar nicht völlig mangelnder, aber doch auf ein geringes Maß beschränkter Rechtshilfe. Den wichtigsten Fall einer überwiegend auf freiwilligem Verhalten basierenden Rechtsgeltung aber finden wir in jenem positiven Rechte, dessen Genossen nicht einzelne Personen, sondern Staaten sind, im Völkerrecht. Auch die durch das positive Völkerrecht begründeten Rechte und Verbindlichkeiten der einzelnen Staaten sind soziale Machten und Machtbeschränkt-

heiten; nur daß sie in der Hauptsache bloß in regelmäßiger Selbstbeschränkung ihren Grund haben und demgemäß eine niedrigere Stufe der Rechtsentwicklung und Rechtssicherheit darstellen. Gänzlich ermangelt jedoch auch im Völkerrechte die Geltung der Rechtsregeln und der durch diese begründeten Rechtsverhältnisse nicht jener zweiten Erscheinungsform, welche wir als Rechtshilfe bezeichnet haben. Ihre Störungen begegnen bei den als unbeteiligte Rechtsgenossen fungierenden Staaten in der Regel einem Widerstande, der sich freilich nur selten in kriegerischem Eingreifen äußert, wohl aber in gemeinschaftlichen diplomatischen Aktionen, die in letzter Reihe doch auch eine Drohung und mittels dieser eine Machtbeschränkung in sich schließen.

3. Rechtshilfe gegen Störungen ist dem Rechtssubjekte nur in unentwickelten Rechtsordnungen von den Rechtsgenossen unmittelbar gewährt (Volksjustiz); in vorgeschrittenen Stadien wird sie durch staatliche Organe, welche zur Wahrung und Betätigung der öffentlichen Interessen berufen sind, geleistet. Da jedoch auch die Stellungen der öffentlichrechtlichen Organe in der Rechtsordnung Rechtsverhältnisse und als solche soziale Machtverhältnisse sind (§ 22), so beruht jede von den staatlichen Organen geleistete Rechtshilfe auf dem regelmäßigen rechtlichsozialen Verhalten der Rechtsgenossen. *Demnach bleibt das subjektive Recht im Streite materiellrechtlich dasselbe wie im Frieden.* In beiden Gestalten ist es nicht Handlung und Genuß, auch nicht rechtlich geschützte Handlung oder rechtlich geschützter Genuß, sondern rechtlichsoziale Macht, zu handeln und zu genießen. *Indem der subjektiv Berechtigte die Rechtshilfe in Anspruch nimmt, übt er eine ihm rücksichtlich des angestrebten Erfolges zustehende Machtbefugnis aus; sein ist das Wollen und das Interesse und sein ist der mittels der von ihm in Bewegung gesetzten Rechtshilfe verwirklichte*

Erfolg. Wenn der Besitzer eines Hauses ein gewalttätiges Eindringen anderer mit obrigkeitlicher Hilfe abwehrt, wenn der Eigentümer einer Sache diese vindiziert, wenn der Gläubiger das ihm Gebührende im Wege der Klage und Exekution holt, wenn irgend welche Staatsbehörden einen aktiven oder passiven Widerstand gegen ihre Verfügungen mit Brachialgewalt überwinden, betätigen alle diese Rechtssubjekte rechtliche Machten, die ihren Rechtsverhältnissen von allem Anfange an innewohnen, gleichviel in welche Prozedurformen die Betätigung in jedem einzelnen Falle gekleidet ist. Die materiellen Befugnisse sind ihrem Wesen nach von der Form der Rechtshilfe, mittels deren sie ihren Zweck realisieren, vollkommen unabhängig. Hieraus ergeben sich für die Theorie des Klagerechtes bedeutsame Folgerungen, welche nunmehr zu besprechen sind.

§ 31. Die Nehmebefugnis im Streite: materielles Klage- und Exekutionsrecht.

1. Die rei vindicatio ist wohl in allen historischen Rechtsordnungen ursprünglich eine eigenmächtige Handlung des Eigentümers gewesen. Der Eigentümer legt Hand an die Sache und sucht sie an sich zu ziehen. Daß er damit eine Befugnis ausübt, tritt erst dann äußerlich zu Tage, wenn es zum Kampf um die Sache kommt. Sobald und je mehr die Verhältnisse des wirtschaftlichen Verkehres und demzufolge auch die Rechtsverhältnisse mannigfaltige und verwickelte werden, und infolgedessen das Eigentum jene Elastizität gewinnt, die eine Folge der Konkurrenz der Rechtsregeln ist (§ 27, Z. 4), desto mehr wachsen zwei Gefahren der Eigenmacht heran, die den Gesamtwillen dazu führen, den aktuellen Beistand schon beim Beginne des Streites eintreten zu lassen. Die eine dieser Gefahren besteht darin, daß Dinge vindiziert werden, welche dem Vindizierenden nicht oder doch nicht derzeit oder nicht in

dem beanspruchten Umfange gehören; die zweite Gefahr liegt darin, daß die erst nach ausgebrochenem Kampfe einsetzende soziale Hilfe zu spät kommt, indem durch die im Kampfe erregten Leidenschaften der Streitenden und ihrer Sippen ein Brand angestiftet wurde, welcher den öffentlichen Frieden und die öffentliche Wohlfahrt in weit höherem Maße schädigt, als dies durch den widerrechtlichen Besitz geschehen war. Der allmählige Übergang aus dem System der Eigenmacht zu demjenigen des geordneten Prozesses bei der Eigentumsvindikation, ebenso wie bei anderen Rechtsstreitigkeiten, ist oft geschildert worden. Für den vorliegenden Gedankengang ist er nur aus dem Grunde von Wichtigkeit, weil er uns vergegenwärtigt, daß die Änderung des Verfahrens den materiellrechtlichen Kern, das Nehmerecht des Eigentümers, nicht berührt. Mittels der heutigen Eigentumsklage und der dem kondemnierenden Urteile folgenden Zwangsvollstreckung übt der Eigentümer genau dieselbe rechtliche Nehmebefugnis, dieselbe Reipersecution aus, die er dereinst überall im Wege der Eigenmacht betätigt hat. Daß die Nehmebefugnis im modernen Rechte in der Regel schon vorweg an die staatliche Mitwirkung gebunden ist, ändert nichts an ihrem materiellrechtlichen Charakter, sie betrifft bloß die prozessuale Form der Rechtshilfeleistung. Der rechtliche Willenserfolg der Besitzerlangung, welcher den Zweck der dem Eigentümer gewährten sozialen Unterstützung und eben hiedurch den Inhalt seiner Nehmebefugnis bildet, ist, trotzdem er nunmehr in den prozessualen Formen der gerichtlichen Feststellung der Nehmebefugnis (beziehungsweise der korrespondierenden Verbindlichkeit des Besitzers) und der Intervention staatlicher Organe bei der Wegnahme der Sache herbeigeführt wird, der gleiche geblieben.

Wäre das Eigentumsobjekt nach Anbringung der Eigentumsklage aus dem Besitze des Beklagten geraten, so würde

die Nehmebefugnis des Eigentümers nach wie vor bestehen und er könnte sie, wo immer die Sache sich befinden möge, anderweitig zur Geltung bringen. Doch wäre ihre Ausübung nicht mehr von dem Beklagten gestört und daher auch kein Gegenstand des mit diesem abzuführenden Rechtsstreites. Durch Rechtsregeln mag bestimmt sein, daß in solchem Falle der Eigentümer von dem Beklagten die Leistung des Sachwertes fordern darf, aber diese Befugnis ist auch, wenn man ihr den Namen einer Eigentumsklage beilegen wollte, in Wahrheit eine obligatorische; ihr Objekt ist nicht die Sache, sondern der ehemalige Besitzer als Vermögenssubjekt. Andrerseits ist die Meinung, daß das Eigentumsrecht in der die Ansichnahme der Sache verfolgenden (reipersecutorischen) Eigentumsklage den Charakter eines obligatorischen Rechtes annehme, eine von Grund auf irrige. Denn mittels der dinglichen Klage ergreift der Kläger seine Sache, nicht aber das Vermögen des Beklagten; ihr Zweck und Erfolg besteht nicht darin, dem Kläger einen Wert aus dem Vermögen des Beklagten, sondern dem Kläger den Besitz seiner eigenen Sache zu verschaffen; und die korrespondierende Verbindlichkeit des Beklagten betrifft nicht dessen Vermögen, sondern beschränkt seine natürliche Macht in Ansehung des klägerischen Eigentumsobjektes.

2. In ähnlicher Weise wie beim Eigentumsrechte geht die Entwicklung der Nehmebefugnis im Streite bei den anderen dinglichen Rechten vor sich. Insbesondere in den verschiedenen Gestalten, welche die Pfanddistraktion in der Geschichte der Rechtsordnungen aufweist, zeigt sich die materiellrechtliche Identität des außergerichtlichen mit dem gerichtlichen Nehmen. Bei eintretender Zahlungssäumnis war der Pfandgläubiger ursprünglich berechtigt, sich die Pfandsache selbst anzueignen, die roheste aber sinnlichste Form des Nehmens, analog dem ursprünglichen Rechte des Gläubigers den zahlungsfähigen

Schuldner selbst als Wertgegenstand an sich zu nehmen und zum Sklaven zu machen. Die nächste Stufe ist die außergerichtliche Distraktion der Pfandsache, mittels deren der Pfandgläubiger derselben einen gewissen Wertbetrag entnimmt. Daß solche Wertentnahme im modernen Rechte in der Regel nur mittels gerichtlicher Intervention stattfinden kann, begründet keine Änderung ihres Wesens. Die Klage, welche der Pfandgläubiger auf Gestattung des öffentlichen Verkaufes anstellt und der sodann erfolgende öffentliche Verkauf der Sache sind nur neue — anderweitigen öffentlichen Rechtszwecken zu Liebe eingeführte — Formen der Verfolgung des unverändert gebliebenen Rechtszweckes. Die moderne Legislation hat singularrechtlich diese Formen wieder überwunden und das Nehmerecht des Pfandgläubigers mittels Distraktion vereinfacht: so z. B. bei Pfandforderungen des Staates und anderer öffentlicher Korporationen, dann unter gewissen Voraussetzungen im Handelsrechte. Durch diese singularrechtlichen Bestimmungen ist den betreffenden Pfandgläubigern kein neues subjektives Recht, sondern nur eine, sei es infolge der Autorität des Gläubigers, sei es infolge der Bedürfnisse des Verkehres, von den sonstigen prozessualen Formvorschriften befreite eigenmächtige Wertentnahme mittels Distraktion eingeräumt.

3. Auf dem Gebiete des Forderungsrechtes führt der Übergang aus dem System der Eigenmacht zu demjenigen der Staatshilfe zunächst dazu, den Bestand des Rechtes durch feierliche Akte festzustellen; auf Grund dieser mag der Gläubiger das ihm Gebührende selbst holen. Kommt es hiebei zu einem Kampfe, so nimmt er die (ihm potentiell schon im voraus zu Gebote stehende) Unterstützung des Gesamtwillens in Anspruch und überwindet mittels ihrer den schuldnerischen Widerstand. Erst in einem späteren Stadium der Entwicklung wird das Nehmen des Gläubigers auch im Falle der Authentizität seines Rechtes zumeist an die Form der Durchführung mittels be-

hördlicher Organe geknüpft. Doch ist der Berechtigte an das Erfordernis behördlicher Intervention mittels Zwangsvollstreckung bei Ausübung seiner Nehmebefugnis im Streite nicht überall gebunden. Er ist berechtigt, das ihm Gebührende mittels Kompensation an sich zu nehmen, einen ihm geschuldeten und in seinen Besitz geratenen Gegenstand zurückzuhalten, überhaupt sein Nehmerecht im Wege der Exzeption gegenüber einem vom Schuldner erhobenen Anspruche zur Geltung zu bringen. Wenn z. B. der Käufer einer Sache gegen die Eigentums- oder Besitzklage die exceptio rei venditae et traditae geltend macht, oder wenn einer an sich rechtsbeständigen Wechselforderung die exceptio doli entgegengesetzt wird, ebenso bei allen Kompensationseinreden, eignet sich überall der Beklagte einen Wertbestandteil des klägerischen Vermögens an. Er übt eine Befugnis des Nehmens aus, welche diejenige des Klägers in ähnlicher Weise aufhebt, wie natürliche Machtbetätigungen, die einander widerstreiten, Ruhe zur Folge haben. Indem seine Defensive die wider ihn geltend gemachte Nehmebefugnis paralysiert, entzieht sie deren Wertgegenstand dem Vermögen des Klägers: Excipiendo reus fit actor. Der Beklagte bewerkstelligt, indem er einen seinerseits geschuldeten Vermögenswert zurückhält, eine auf das vom Kläger ihm Geschuldete gerichtete Nehmehandlung, genau so, als ob er das seinerseits Geschuldete hingegeben und sofort wieder an sich genommen hätte.

Auf derartige Formen des Nehmens ist das Recht des Naturalgläubigers, dem das positive Recht das Nehmen im Wege der Klage und Exekution versagt, beschränkt. Die Theorien, welche das Wesen der Obligation in einer durch Rechtsimperative begründeten Pflicht, verbunden mit einem staatlichen Zwang zu ihrer Erfüllung suchen, befinden sich der Naturalobligation gegenüber in einem unlösbaren Dilemma. Entweder ist die Naturalobligation eine Rechtspflicht, dann

mangelt ein Grund für die Versagung der Klage; oder sie ist keine Rechtspflicht, dann mangelt jeder Grund zur Gewährung der Rechtshilfe im Wege der Einrede. Erblickt man hingegen in dem Rechtsverhältnisse der Obligation mit uns ein soziales Machtverhältnis, und vergegenwärtigt man sich, daß vermöge der Elastizität der Rechtsverhältnisse die ihnen entspringenden Nehmebefugnisse einen verschiedenartigen Umfang annehmen können, so wird es keine Schwierigkeiten haben, die Naturalobligation als ein Forderungsrecht zu begreifen, dem die der vollkräftigen Obligation zukommende Befugnis des Nehmens im Wege des Zivilprozesses mangelt, anders geartete Nehmehandlungen (Kompensation, Pfanddistraktion, Wetteinsatz usw.) aber gewährt sind.

4. Gegen unsere Auffassung der Leistungsklage und Exekution als einer prozessualen Rechtsform für das Nehmen im Streite liegt der Einwurf nahe, daß die Exekution in manchen Fällen nicht den Charakter einer Wegnahme des Geschuldeten, sondern denjenigen eines psychologischen Zwanges zur Leistung an sich trage. Allein dieser Einwurf erweist sich als hinfällig, wenn man beachtet, daß — ebenso wie alle Handlungen durch ihre Endzwecke — die Rechtshandlungen durch die ihnen zukommenden rechtlich-sozialen Endzwecke charakterisiert sind. Die soziale Macht des Gläubigers, dem hartnäckig säumigen Schuldner im Wege staatlicher Intervention Geld- oder Freiheitsstrafen zuzufügen, ist zwar an sich eine Herrschaftsbefugnis (§ 25, Z. 3), dient aber nur als Mittel für den eigentlichen Rechtszweck der Erlangung des geschuldeten Vermögenswertes. Solches Verfahren ist nicht jedem, sondern nur demjenigen Schuldner gegenüber zulässig, dessen Verhalten nicht bloß der tatsächlichen, sondern auch der normativen Geltung der Rechtsregeln widerstreitet, d. h. den ein Verschulden an der Nichterfüllung der Verbindlichkeit trifft; und es findet auch diesem gegenüber nur dann statt,

wenn psychologischer Zwang das einzige Mittel ist, durch welches der Gläubiger sich in den Besitz des ihm Geschuldeten zu setzen vermag. Dies ist der Fall, wenn eine Dienstleistung geschuldet wird. Auch die Dienstleistungsobligation ist ihrem Wesen nach nicht eine Herrschaft des Gläubigers über die Person des Schuldners, sondern rechtliche Macht des Gläubigers, dem Schuldner einen Bestandteil des Vermögens zu entziehen. Sie bedeutet auf Seite des Schuldners nicht eine persönliche Willensunterworfenheit oder Untertänigkeit, sondern eine Beschränkung der Macht des Schuldners, über seine Vermögensgüter zu verfügen. Demnach ist das, wenn auch mittels psychologischen Zwanges, geltend gemachte materielle Vermögensrecht auch bei der sogenannten Personalexekution seinem Wesen nach eine Nehmebefugnis und die bezügliche — mit staatlicher Hilfe erfolgende — Willensbetätigung des Gläubigers eine auf die Erlangung eines Vermögenswertes gerichtete Nehmehandlung. Schon die manus injectio des altrömischen und die Schuldknechtschaft des altdeutschen Rechtes dürften nicht eine Zwangsherrschaft über den zahlungssäumigen Schuldner an sich, sondern eine (in Ermanglung eines schuldnerischen Vermögens) dem Gläubiger zustehende Befugnis, sich nötigen Falls aus dem Vermögenswerte der Person des Schuldners selbst zahlhaft zu machen, bezweckt haben. Gewiß ließ es der Schuldner zu solcher Wertentnahme aus seiner eigenen Person nur dann kommen, wenn ihm anderweitige Mittel zur Befriedigung des Gläubigers fehlten. Die mit dem Fortschritte der Kultur wachsende Anerkennung der menschlichen Würde hat zur Folge, daß die Person des Schuldners als solche aus dem Kreise vermögensrechtlicher Werte derzeit ausgeschieden ist. Ob diese ethische Anschauung, konsequent fortgebildet, nicht auch dazu führen wird, die dem Gläubiger derzeit noch anheim gegebene vermögensrechtliche Personalexekution mittels Haftverhängung noch weiter als bis-

her einzuschränken, und insbesondere das Mittel persönlichen Zwanges gegenüber dem zu Dienstleistungen Verbundenen geradeso zu beseitigen, wie gegenüber den zu Geldleistungen Verbundenen, ist eine unseres Erachtens zu bejahende, aber hier nicht zu erörternde Frage.

5. Daß der Sinn der zivilrechtlichen Klage sich nicht in dem prozessualen Ansuchen an die Staatsgewalt um Urteilsschöpfung erschöpft und daß die Zwangsvollstreckung nicht ausschließlich eine behördliche Maßnahme ist, konnte niemals völlig verkannt werden. Die Tatsache, daß der Kläger es ist, der die Staatsgewalt, sowohl im Verfahren vor dem Urteile als im Vollstreckungsverfahren, in seinem Interesse in Bewegung setzt, daß der mittels des kondemnatorischen Urteils und der Zwangsvollstreckung herbeigeführte Effekt sein Willenserfolg ist, zu dessen Herbeiführung die staatlichen Organe ihm zur Verfügung stehen, drängt zu der Folgerung, daß Klage und Vollstreckung, neben ihrem prozessualen öffentlichrechtlichen Charakter, zugleich Betätigungen des ihnen zu Grunde liegenden subjektiven Rechtes sind. Schon die Römer haben „jus" und insbesondere „obligatio" häufig als „actio" und umgekehrt die „actio" als „jus" hingestellt. Die modernen Rechtstheorien nehmen ein „materielles Klagerecht" als Bestandteil des subjektiven Privatrechtes neben dem prozessualen Klagerechte an. Worin aber dieses privatrechtliche Moment besteht, welche privatrechtlichen Befugnisse in dem sogenannten materiellen Klagerechte vorzustellen sind, bleibt völlig im Dunkeln und muß im Dunkeln bleiben, solange man die Befugnisse nicht als rechtlich-soziale Machten, sondern als bloße Erlaubnisse, beruhend auf idealen Billigungen oder idealen Imperativen, vorstellt. In einer solchen Lehre erübrigt für die Begriffe der Klage und der Zwangsvollstreckung kein anderer Inhalt als derjenige eines prozessualen Vorganges, bestehend in einem Appell an die Staatsorgane um Gewährung

eines „Schutzes“, ein prozessualer Vorgang, dem bloß ein öffentlichrechtliches Verhältnis des Klägers zu den kompetenten Staatsbehörden zu Grunde liegt. Wenn sie die Klage eine „Selbstbetätigung des verletzten subjektiven Privatrechtes“ nennt, so mangelt diesen Worten jede anschauliche Vorstellung. Denn entweder versteht man unter der „Selbstbetätigung“ nichts anderes als das prozessuale Ansuchen an die Staatsgewalt um Gewährung des Schutzes: dann ist das Ansuchen kein privatrechtlicher, sondern ein öffentlicher Akt, der jedem Staatsbürger als solchem zusteht; oder man versteht unter der „Selbstbetätigung“ eine im Rahmen des subjektiven Rechtes liegende materiellrechtliche Aktion: dann darf man sich nicht damit begnügen, diese Aktion mit einer vagen Redensart zu umschreiben, sondern muß sie als eine reale Handlung, gerichtet auf einen bestimmten materiellrechtlichen Zweck, zur Anschauung bringen. Dieser Anforderung wird insbesondere auch dadurch nicht Rechnung getragen, daß man das materielle Klagerecht als „Anspruch des Klägers“ auf Verurteilung des Beklagten oder auf Zwang des Beklagten zur Einlassung in den Prozeß erklärt. Denn auch diese Ansprüche oder, genauer ausgedrückt, die rechtsgeschäftlichen Machten zu bewirken, daß die staatlichen Organe den Prozeß einleiten und durchführen, sind nicht privatrechtlicher, sondern öffentlichrechtlicher Natur. Sie stehen jedem als Kläger auftretenden Staatsbürger als solchem zu, gleichviel ob das behauptete subjektive Privatrecht zu Recht besteht oder nicht, sofern nur die prozessualen Voraussetzungen für die Verurteilung des Beklagten, beziehungsweise für dessen Einlassung in den Prozeß, gegeben sind. Auch ist weder mit der Einlassung noch mit der Verurteilung des Beklagten dem Inhalte des Privatrechtes genug getan. Mit der Verurteilung hat der Kläger bloß eine öffentliche Anerkennung des von ihm behaupteten (vielleicht vorher gar nicht

bestandenen) Rechtes, keineswegs aber dasjenige erreicht, was dessen Inhalt und Zweck bildet. In privatrechtlicher Beziehung sind vielmehr die Einlassung des Beklagten, ebenso wie das Urteil, nur Mittel für den vom Kläger angestrebten materiellen Erfolg; und die in der Klage enthaltene Handlung des Privatbeteiligten muß, wie jede Handlung, nach dem angestrebten Erfolge qualifiziert werden.

Wer Klage und Exekution als Betätigung privatrechtlicher Befugnisse begreifen will, muß fragen: Was will der Kläger erreichen? Daß der vom Kläger angestrebte privatrechtliche Effekt nicht mit dem gesamten Befugnisinhalt des subjektiven Rechtes kongruiert, ist evident. Niemand wird behaupten, daß in der rei vindicatio das uti frui, in der konfessorischen Klage der Servitutsgenuß, in der Pfandbesitzklage die Distraktion ausgeübt werden. Um das materielle Klagerecht als Betätigung eines subjektiven Privatrechtes zu erklären, muß daher festgestellt werden, welche von den dem Rechtsverhältnisse innewohnenden Befugnissen mittels der Klage und Exekution ausgeübt wird. So angesehen ist die klägerische Handlung in ihrer, Klage und Zwangsvollstreckung umfassenden, Einheitlichkeit nichts anderes als die Verfolgung und Ansichnahme eines Rechtsgutes, und das materielle Klagerecht nichts anderes als die Befugnis zu dieser Nehmehandlung: jus quod sibi debetur judicio persequendi.

6. Klage und Exekution bilden rücksichtlich ihres materiellrechtlichen Wesens eine einheitliche, auf einen und denselben Zweck gerichtete, wenn auch auf zwei prozessuale Abschnitte verteilte Handlungsreihe. Die Klage als Prozeßhandlung und die sich anschließenden klägerischen Prozeßhandlungen bilden den ersten Abschnitt, die klägerische Aktion in der Zwangsvollstreckung bildet den zweiten Abschnitt. Mittels des ersten Teiles wird die gerichtliche Feststellung des Nehmerechtes herbeigeführt, als Voraussetzung für die unmittelbare Ausübung

desselben im zweiten Teile, in der Exekution. Der Handlungsautor ist in materiellrechtlicher Beziehung dort wie hier ausschließlich der Berechtigte, der sich der prozeßrechtlichen Funktionen der Staatsorgane als derjenigen Hilfsmittel bedient, die ihm vom positiven Rechte behufs Verwirklichung seines zum Rechtszwecke erhobenen Willenserfolges, als Mittel zur Ansichnahme des Rechtsgutes, behufs Erlangung unmittelbarer Genußmöglichkeit an die Hand gegeben sind.[54])

Die gerichtliche Feststellung der Nehmebefugnis erfolgt hergebrachtermaßen in der Form einer Verurteilung des Beklagten zur Erfüllung seiner dem klägerischen Nehmerechte korrespondierenden Leistungsverbindlichkeit. Der Ausspruch, der Beklagte sei schuldig, eine Sache zu übergeben oder eine Leistung zu vollbringen, ist sachlich identisch mit dem Ausspruche, der Kläger sei berechtigt, die Sache, beziehungsweise den Gegenstand der Leistung, an sich zu nehmen: dieser drückt die soziale Macht des Klägers, jener die korrelative Machtbeschränkung des Beklagten aus. Die Verurteilung des Beklagten setzt den mittels der Klage erklärten Willen des Klägers, das strittige Gut an sich zu bringen, voraus, und anerkennt diesen Willenserfolg als einen Rechtszweck, zu dessen Realisierung der Staat dem Kläger Hilfe gewährt. Ob der Kläger von seiner so anerkannten sozialen Macht Gebrauch machen wird oder nicht, bleibt auch nach erflossenem Urteile seiner Willkür überlassen. Folgerecht gelangen wir zum Resultate, daß von einem materiellen Klagerechte nur bei einer auf Leistung des Beklagten, beziehungsweise auf Befriedigung des Klägers gerichteten Klage, nicht aber bei einer bloßen Feststellungsklage gesprochen werden kann. Auch das kondemnatorische Urteil enthält eine Feststellung, nämlich diejenige einer speziellen Nehmebefugnis, beziehungsweise Leistungsverbindlichkelt als Voraussetzung ihrer Ausübung im Wege des Prozesses. Das reine und im technischen Sinne so ge-

nannte Feststellungsurteil hingegen bildet kein Mittel zur Ausübung eines Nehmerechtes, beinhaltet denn auch nicht die Feststellung einer Nehmebefugnis, respektive einer Leistungsverbindlichkeit, sondern die Feststellung des Bestandes oder Nichtbestandes des subjektiven Rechtes überhaupt. Der Feststellungskläger als solcher verfolgt keine Sache und keinen Vermögenswert, er verlangt und erlangt nur eine richterliche Entscheidung über die zwischen ihm und dem Beklagten obwaltenden rechtlichen Beziehungen. Daher kann die Feststellungsklage auch einen negativen Ausspruch, die Konstatierung des Nichtbestandes eines Rechtsverhältnisses bezwecken. Das Feststellungsurteil ist reines judicium, das kondemnatorische Urteil ist zugleich judicium und imperium.

7. Nach erfolgter Verurteilung mag der Beklagte von dem für ihn aussichtslos gewordenen Streite ablassen und dem Kläger Befriedigung leisten. Durch den Empfang des ihm so Dargebotenen übt der siegreich gebliebene Kläger die seinem subjektiven Rechte zukommende Nehmebefugnis nunmehr wieder im Frieden aus, so, als ob dieselbe niemals in einem Streite verfangen gewesen wäre. Dieselbe Nehmebefugnis muß dem Kläger naturgemäß aber auch im Falle fortgesetzter Leistungssaumsal des verurteilten Beklagten zustehen. Solche Saumsal involviert, selbst nach erfolgter Kondemnation, nicht notwendig die Verletzung einer Rechtspflicht. Auch der Verurteilte kann unverschuldeterweise säumig sein, er mag vom Urteile keine Kenntnis haben, er mag der Meinung sein, daß ihm noch ein Rechtsmittel zustehe, oder daß der Kläger bereits befriedigt worden sei usw. Ob nun Pflichtwidrigkeit des Verurteilten vorliege oder nicht, in jedem Falle kann die urteilsmäßig anerkannte Nehmebefugnis des Klägers durch die Saumsal des Beklagten natürlich nicht beseitigt werden. Die Form, in welcher der Kläger nunmehr die Ausübung seiner Nehmebefugnis bewerkstelligt, ist die Zwangs-

vollstreckung unter staatlicher Intervention. Auch in der Zwangsvollstreckung ist es der subjektiv Berechtigte, der die seine Befriedigung bezweckenden Handlungen vornimmt; er ist es, der die staatlichen Organe in Bewegung setzt und damit jenen Effekt hervorbringt, der ihm den Genuß des Rechtsgutes ermöglichen soll. Es ist hiebei völlig belanglos, ob er auf die einzelnen Teilakte, aus denen sich die Prozedur der Zwangsvollstreckung zusammensetzt, mehr oder weniger Einfluß nimmt oder nehmen kann. Unter allen Umständen ist er der Urheber der Gesamtaktion, mittels deren das Rechtsgut dem Beklagten abgenommen wird und deren Resultat ist sein Willenserfolg, Betätigung seiner Willensmacht. Auch in dem Antrage auf Zwangsvollstreckung ist somit, genau so wie in der Klageführung, das materiellrechtliche Moment vom prozessualen öffentlichrechtlichen zu trennen und selbständig festzuhalten. Das materiellrechtliche Moment ist Ausübung der dem subjektiven Rechte von allem Anfang an entspringenden Befugnis, das Rechtsgut in den Bereich der unmittelbaren Genußmöglichkeit des Berechtigten zu bringen. Das prozessuale Moment hingegen beruht auf dem Verhältnisse des Exekutionsführers als Rechtsgenossen zu den staatlichen Organen, kraft dessen ihm die rechtsgeschäftliche Macht zusteht, eine Rechtsverbindlichkeit der staatlichen Organe behufs Hilfeleistung bei Ausübung seiner Nehmebefugnis ins Leben zu rufen. Daß die Definition der Zwangsvollstreckung als Ausführung eines Rechtsspruches eine zu enge und deshalb eine unrichtige ist, zeigt sich schon darin, daß die Exekution nicht ausschließlich auf Grund von Gerichtsentscheidungen, sondern vielfach auf Grund anderweitiger Feststellungen des subjektiven Rechtes stattfindet. Ebenso wie im altrömischen Rechte das nexum, bilden im heutigen Rechte öffentliche Beurkundungen durch Gerichte und Notare, schiedsrichterliche und ausländische Urteile, richterliche Zahlungsbefehle, welche

ohne vorherige Anhörung des Beklagten erfließen, Zahlungsaufträge öffentlicher Behörden u. a. m. selbständige Exekutionstitel. Wenn auf Grund derartiger Urkunden dem Berechtigten die staatliche Zwangsvollstreckung zur Verfügung gestellt wird, so folgt mit Notwendigkeit, daß der Begriff der Zwangsvollstreckung über denjenigen einer Ausführung von Gerichtsurteilen weit hinausgeht, und daß die Zwangsvollstreckung in ihrer materiellrechtlichen Bedeutung nicht die Betätigung der in einem Gerichtsurteile geoffenbarten staatlichen Autorität, sondern die Betätigung einer rechtlichen Machtbefugnis des Berechtigten darstellt, mittels deren dieser ein Rechtsgut in die Sphäre unmittelbarer Genußmöglichkeit zieht. Da somit eben jenes privatrechtliche Moment, jenes Nehmerecht, welches der Klage innewohnt und das man als materielles Klagerecht bezeichnet, auch in der Zwangsvollstreckung wirksam erscheint, so muß man die hergebrachtermaßen als „materielles Klagerecht" bezeichnete privatrechtliche Befugnis auch im Exekutionsstadium suchen. Man wird es dann nicht in dem Kreise der aus dem Verhältnisse des Exequenten zu den staatlichen Exekutionsorganen, sondern im Kreise der aus dem Verhältnisse des Exequenten zum Exekuten resultierenden Befugnisse finden, von denen hier nicht diejenigen des unmittelbaren Genießens, sondern bloß diejenigen des Nehmens in Betracht kommt. Actio oder Klage in materiell-rechtlichem Sinne ist Ausübung einer Nehmebefugnis (Nehmehandlung) im Prozeßwege (Klage und Exekution).[55]

VIII. Kapitel.

Das Unrecht und seine Folgen.

§ 32. Das Wesen des Unrechtes.

1. Die nachfolgenden Ausführungen bezwecken darzulegen, daß eine deutliche Erkenntnis vom positiven Unrechte auf Grund der einseitigen Auffassung des positiven Rechtes als Pflichten begründender Norm und des unrechtmäßigen Verhaltens als Normwidrigkeit für sich allein nicht erzielt werden kann, daß es vielmehr auch auf diesem Gebiete notwendig ist, auf die tatsächliche Geltung der Rechtsregeln als Grundlage zurückzugehen. Eine auch nur annähernde vollständige Erörterung des Gegenstandes liegt hier — ebenso wie rücksichtlich der bisher besprochenen Erscheinungen des Rechtslebens — dem Plane und der Aufgabe des vorliegenden Buches vollkommen ferne. Wir wollen bloß die Stellung, welche unrechtmäßiges Verhalten dem Rechtsleben gegenüber einnimmt, sein Wesen als Störung des regelmäßigen rechtlich-sozialen Verhaltens und seine Folgen als Reaktionen des letzteren in ihren tatsächlichen Erscheinungen betrachten und definieren.

2. Wenn das Rechtsleben der hier dargelegten Lehre gemäß als reales Zusammenwirken der Rechtsgenossen zu gemeinschaftlichen sozialen Zwecken und das positive Recht als

der Inbegriff der diesem Zusammenwirken innewohnenden empirischen Regeln aufgefaßt wird, so erscheint jedes diesen Regeln entsprechende einzelne Verhalten als ein rechtmäßiges, jedes den Regeln zuwiderlaufende isolierte Verhalten als ein unrechtmäßiges. Das Wort „Unrecht" bezeichnet nicht etwa (wie das Wort „subjektives Recht") ein Verhältnis, sondern einen wirklichen Vorgang, und zwar einen Willensvorgang. Nur erfaßt es den Vorgang nach einer bestimmten Relation, nämlich nach seiner Relation zu den Rechtsregeln. Indem wir ein bestimmtes in der Wirklichkeit stattfindendes Verhalten als „Unrecht" bezeichnen, sagen wir von ihm nichts anderes aus, als daß es (was immer seine sonstigen Prädikate auf Grund anderweitiger Beurteilungen sein mögen) von den positiven Rechtsregeln abweicht, daß es die Negation eines den positiven Rechtsregeln gemäßen, das ist rechtmäßigen Verhaltens enthält. Das rechtmäßige Verhalten ist vermöge seiner Übereinstimmung mit den Rechtsregeln ein solches, das zu den Rechtszwecken beiträgt; demzufolge ist das unrechtmäßige Verhalten ein solches, das den Rechtszwecken entgegenwirkt. Jenes dient sozialen, dieses irgend welchen von den sozialen divergierenden isolierten Interessen; und da alle sozialen Interessen im Rechtsleben nur insofern in Betracht kommen, als ihnen eine rechtlich-soziale Macht zur Seite steht, so kann der Gegensatz auch dahin charakterisiert werden, daß rechtmäßiges Verhalten jenes ist, welches zur Begründung einer rechtlichen Macht beiträgt, unrechtmäßiges Verhalten jenes, welches sich einer rechtlichen Macht entgegensetzt.

3. Der allgemeinste Rechtszweck, welcher alle anderen sozialen Wohlfahrtsinteressen unter sich vereinigt, ist derjenige der Selbstbehauptung des gesellschaftlichen Zusammenlebens (§ 4). Diesem Zwecke dient das staatliche Recht, die Rechtsordnung selbst aufrecht zu halten, ein Recht, das als oberstes formales Prinzip alle jene Befugnisse in sich begreift, welche

den Staatsbehörden behufs Wahrung der staatlichen Interessen mittels Bekämpfung oder Abhaltung unrechtmäßiger Verhaltungsweisen zustehen. Der allgemeinen Vorstellung vom Zwecke der Selbstbehauptung der Rechtsgesellschaft, das ist der Aufrechthaltung der Rechtsordnung gegenüber isolierten Störungen, entspricht eine ebenso allgemeine Vorstellung eines staatlichen Rechtes; beide sind vermöge ihrer Allgemeinheit nur formale oder abstrakte Begriffe, die erst in besonderen Arten der sozialen Interessen und der staatsbehördlichen Befugnisse einen erfahrungsmäßigen Inhalt erlangen.

§ 33. Objektives Unrecht.

1. Der Begriff „objektives Unrecht“ ist in der Rechtsliteratur ein überaus schwankender und vielumstrittener. Uns ergibt er sich als ein durchaus notwendiger und klarer. Denn sobald wir die tatsächliche Geltung der Rechtsregeln als eine selbständige (der normativen Geltung oder Funktion vorausgehende) ins Auge fassen, müssen wir auch die Vorstellungen einer Rechtmäßigkeit und einer Unrechtmäßigkeit bilden, welche von den Vorstellungen einer Rechtspflichtgemäßheit oder Rechtspflichtwidrigkeit verschieden und unabhängig sind (§ 10). Aus der tatsächlichen Geltungsart der Rechtsregeln resultiert mit Denknotwendigkeit ein Urteil über die rein objektive Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer konkreten Verhaltungsweise mit jener tatsächlichen Geltung und zugleich ein Urteil über die rein objektive Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung eines individuellen Zweckes mit einem Rechtszwecke. Der Begriff der objektiven Unrechtmäßigkeit beruht auf dem Urteile, daß eine konkrete Handlung oder Unterlassung eine Ausnahme von dem regelmäßigen rechtlich-sozialen Verhalten bildet; der Begriff Rechtspflichtwidrigkeit hingegen beruht auf dem Urteile, daß der Autor einer objektiv unrechtmäßigen Handlung oder Unterlassung die normative Funktion

der Rechtsregeln nicht beachtet habe. Beide Urteile sind von dem Urteile über die Stellung, welche die, sei es als objektiv rechtmäßige, sei es überdies als pflichtwidrig charakterisierte Handlungsweise im allgemeinen Naturzusammenhange einnimmt, über deren natürliche oder kausale Wirksamkeit durchaus zu trennen. Um demnach zu einem klaren Begriffe: „objektives Unrecht" als Prädikat einer menschlichen Handlung oder Unterlassung zu gelangen, muß auf der einen Seite von der natürlichen Kausalität derselben, auf der anderen Seite von ihrer Norm- oder Pflichtwidrigkeit abgesehen werden.

2. Sprechen wir zuerst von der objektiven Unrechtmäßigkeit im Gegensatze zur natürlichen Kausalität eines menschlichen Verhaltens. Da „Unrechtmäßigkeit" das negative Gegenstück von „Rechtmäßigkeit" bildet, so ist von dieser als der positiven Vorstellung auszugehen. Rechtmäßig ist jedes Verhalten, das den tatsächlich geltenden Rechtsregeln gemäß ist, also entweder die Betätigung einer rechtlichen Macht (Befugnis) oder aber die Einhaltung einer rechtlichen Machtbeschränktheit (Rechtsverbindlichkeit) darstellt. Unrechtmäßig ist jedes Verhalten, das den tatsächlich geltenden Rechtsregeln nicht gemäß ist, also die Betätigung einer rechtlichen Macht vereitelt oder, was dasselbe sagt, die korrespondierenden rechtlichen Schranken natürlicher Macht, die korrespondierende Rechtsverbindlichkeit, überschreitet. Da, was zu betonen wir schon wiederholt veranlaßt waren, die rechtlichen Machtverhältnisse weder Dinge noch Eigenschaften noch Vorgänge, sondern bloße Beziehungen, somit keine Bestandteile des Kausalzusammenhanges sind, so enthält auch das Urteil, welches von einer Handlungsweise ihre Übereinstimmung oder ihre Nichtübereinstimmung mit den Rechtsregeln aussagt, nichts von natürlicher Kausalität. Das Prädikat der Rechtmäßigkeit und Unrechtmäßigkeit kommt den menschlichen Verhaltungsweisen völlig unabhängig davon, ob sie eine natür-

liche Kausalität mit sich führen oder nicht, zu; und wenn es einer natürliche Kausalität mit sich führenden Verhaltungsweise zukommt, so ist doch die Aussage, daß die Verhaltungsweise einer Regel rechtlich-sozialen Verhaltens gemäß oder nicht gemäß ist, eine von der Aussage über die natürliche Wirksamkeit desselben Verhaltens völlig verschiedene.

Menschliche Verhaltungsweisen, welche überhaupt keine natürliche Kausalität mit sich führen, sind die Unterlassungen. Sie sind keine Glieder im natürlichen Kausalzusammenhange, sie wirken in keiner Weise auf den natürlichen Verlauf der Begebenheiten ein. Alle Versuche, sie in den Kausalzusammenhang einzubeziehen, beruhen auf der Heranziehung irgend welcher Regeln, die ausdrücken, was geschehen sollte; der Kausalzusammenhang hat aber mit solchen Regeln und mit den aus ihnen resultierenden Beurteilungen gar nichts zu tun. Denn die Tatsächlichkeit des Kausalzusammenhanges ist mit der Wirklichkeit kongruent und bildet eine einzige Kette von Erscheinungen und Veränderungen, in welcher das Nichtgeschehende oder nur im menschlichen Geiste Vorgehende keinen Platz findet. Hingegen sind Unterlassungen gar wohl geeignet, den Inhalt von Rechtsregeln abzugeben, somit auf der einen Seite rechtliche Machten zu begründen und Rechtszwecke zu fordern, auf der anderen Seite rechtliche Machten und Zwecke zu hemmen oder aufzuheben. Denn Machtverhältnisse werden ebensowohl durch den Mangel störender, als durch das Vorhandensein unterstützender Momente begründet (§ 6, Z. 1—2). Folglich müssen gewollte Unterlassungen, trotzdem ihnen jede kausale Wirksamkeit fehlt, als rechtmäßige oder unrechtmäßige Verhaltungsweisen prädiziert werden, je nachdem, ob sie den Rechtsregeln gemäß sind oder von denselben abweichen.[56])

Genau der gleiche logische Prozeß vollzieht sich aber auch, wenn wir Handlungen, welche als Willenskausalitäten unter

allen Umständen eine natürliche Wirksamkeit mit sich führen, als rechtmäßige oder unrechtmäßige bezeichnen. Es kommt dabei nicht die natürliche Wirkung der Handlung, sondern einzig und allein ihr Verhältnis zu den Rechtsregeln, der Umstand, ob ihr individueller Zweck mit einem Rechtszwecke zusammenfällt oder einem solchen entgegengesetzt ist, ob sie einer rechtlichen Macht und dem diese erfüllenden Interesse förderlich oder abträglich ist, in Betracht. So sind z. B. die Benützung oder die Zerstörung einer Sache, die Ansichnahme eines Vermögenswertes, die Verhaftung eines Menschen usw. rechtmäßig, wenn sie einer Rechtsregel gemäß sind, d. h. die Ausübung einer Befugnis oder die Erfüllung einer Verbindlichkeit darstellen, unrechtmäßig, wenn sie einer Rechtsregel zuwiderlaufen; die natürliche Kausalität aber ist in dem einen Falle genau dieselbe wie im zweiten, hat also auf die rechtliche Beurteilung keinen Einfluß.

Erfolgt die Realisierung eines Rechtszweckes (die Ausübung einer Rechtsbefugnis oder die Einhaltung einer Rechtsverbindlichkeit) mittels einer Handlung, so muß das unrechtmäßige Verhalten, als konträres Gegenstück, Unterlassung eben dieser Handlung sein; bedarf die Betätigung eines Rechtszweckes einer Unterlassung, besteht somit das rechtmäßige Verhalten in einem Nichthandeln, so kann das unrechtmäßige Verhalten in nichts anderem als in einer Handlung liegen. Die natürliche Veränderung, welche im letzteren Falle als Wirkung der Handlung an einem Bestandteile der natürlichen Kausalkette eintritt, ist für die Charakterisierung der Handlung als einer unrechtmäßigen nur dann und nur insoweit von Belang, als die korrespondierende Rechtmäßigkeit oder Regelmäßigkeit gerade die Unterlassung eben dieser kausalen Veränderung zum Gegenstande hat. Auch wenn also das Prädikat der Unrechtmäßigkeit einer natürliche Veränderungen bewirkenden Handlung beigelegt wird, kann doch die natürliche

Veränderung und die sie herbeiführende Handlung sich ein für das rechtsgesellschaftliche Zusammenleben der Menschen und dessen Ordnung irrelevantes isoliertes Vorkommnis sein.

Indem wir feststellen, daß natürliche Kausalität kein Begriffsmerkmal des rechtmäßigen oder unrechtmäßigen Verhaltens ist, schalten wir aus letzterem das Willensmoment keineswegs aus. Jedes menschliche Verhalten, Handlung sowohl als Unterlassung, involviert ein Wollen. Allein das Wollen muß nicht gerade ein solches sein, das durch einen außerhalb des Wollenden gelegenen, der äußeren Natur angehörenden Erfolg charakterisiert wird. Dies beweisen alle Willenstätigkeiten, welche auf rein geistige Genüsse, auf rein ästhetische Empfindungen, ebenso wie jene, welche gerade auf die Vermeidung eines Eingreifens in den Naturzusammenhängen gerichtet sind. Was wir behaupten, ist nur soviel, daß die auf Veränderungen in der Natur gerichteten Handlungen nicht die einzig mögliche Art des Wollens überhaupt und — was uns hier alle interessiert — des Wollens im unrechtmäßigen Verhalten sind, daß daher nach logischen Grundsätzen die natürliche Kausalität nicht zur Bildung des Begriffes „Unrecht“ (als ein notwendiges Merkmal desselben) herangezogen werden darf.

Deshalb muß es auf Abwege führen, wenn man — wie dies zumeist geschieht — bei den Untersuchungen über das Wesen des objektiven Unrechtes von dem Verhältnisse natürlicher Kausalität des menschlichen Wollens so ausgeht, als ob dieses eine Voraussetzung des Unrechtsbegriffes wäre. Um einen reinen Begriff des objektiven Unrechtes zu gewinnen, darf lediglich die Beziehung eines auf einen konkreten individuellen Zweck gerichteten Verhaltens zum sozial regelmäßigen auf Rechtszwecke gerichteten Verhalten oder zu den Rechtsregeln ins Auge gefaßt werden. Man wird dann nicht genötigt sein, bei jenen Arten des Un-

rechtes, welche keinerlei natürliche Wirkung auf ein Rechtsgut ausüben, eine solche zu fingieren oder zu behaupten, daß „der Gesetzgeber“ einen Kausalzusammenhang, der nach Gesetzen der Natur und der Logik nicht erfindlich ist, zu schaffen vermöge. Gotteslästerung, begangen ohne Anwesenheit irgend welcher Zuhörer an einem öffentlichen Orte, erfolglos gebliebene Gefährdungen öffentlicher Interessen, Bigamie ohne wirkliche Lebensgemeinschaft, versuchte Verleitung zum Verbrechen u. a. m. sind Handlungen, deren natürliche Wirkungen für das Rechtsleben belanglos sind. Sämtliche als Unrecht qualifizierte Unterlassungen eines Eingriffes in den natürlichen Verlauf von Begebenheiten, und zwar sowohl die zivilrechtlichen als die strafrechtlichen, ermangeln überhaupt einer jeden Kausalität. Überall steht nur zur Frage, ob sich der Handelnde oder Unterlassende einer Rechtsregel gemäß oder einer Rechtsregel zuwider verhält. Andererseits ist die Verfolgung eines isolierten außersozialen (wenn auch noch so unsittlichen) Zweckes an und für sich, gleichviel ob sie natürliche Wirksamkeit besitzt oder nicht, nicht unrechtmäßig. Sie wird erst dann zum Unrechte, wenn ihr Zweck, objektiv betrachtet, mit dem gleichzeitigen Bestand oder der gleichzeitigen Betätigung eines Rechtszweckes unverträglich ist, wenn sie eine Ausnahme von der tatsächlichen Geltung einer Rechtsregel, also ein die rechtlich-soziale Regelmäßigkeit beeinträchtigendes Verhalten involviert. Abgesehen von der Beziehung auf ein positives Recht ist positives Unrecht überhaupt nicht gegeben. Es mit natürlichen Vorgängen, was immer für Art (z. B. Tötung, gewaltsame oder heimliche Entziehung einer Sache aus fremdem Besitze, Beschädigung usw.) zu identifizieren, ist ein Denkfehler, der in der Theorie des Unrechtes, und infolgedessen auch in der Rechtsanwendung, zu Verwirrungen und Unklarheiten führen muß. Es zeigt sich dies auch schon darin, daß viele dieser Handlungen und Unterlassungen in, soweit die natür-

liche Beurteilung stattfindet, ganz gleichartiger Weise auch objektiv rechtmäßige sein können (z. B. Tötung im Kriege, bei Notwehr, bei Hinrichtung, Wegnahme einer Sache mittels rechtlicher statthafter Selbsthilfe, Beschädigung fremder Sachen behufs Unterdrückung eines Brandes usw.). In allen solchen Fällen steht nicht etwa das Schuldmoment, sondern die Beurteilung des Vorganges als eines objektiv rechtmäßigen oder unrechtmäßigen zur Frage.[57])

3. Eine ganz andere Frage als die, ob alle unrechtmäßigen Verhaltungsweisen Kausalitäten sind, ist die, ob der Begriff der natürlichen Kausalität in den positiven Rechtsregeln eine für das rechtlich-soziale Verhalten geltende nähere Bestimmung erfährt. Unrechtmäßiges Verhalten bildet in der Rechtsordnung einen Tatbestand, an welchen sich Rechtsfolgen knüpfen (§ 35, Z. 1). Daher bedarf das einen Teil dieses Tatbestandes bildende Wollen, und in jenen Fällen, wo das Wollen in einer, natürliche Veränderungen verursachenden Handlung zu Tage tritt, diese Kausalität, ebenso wie jedes andere Tatbestandsmerkmal, einer Begriffsbestimmung innerhalb der Rechtsregeln. Die Regelmäßigkeit des rechtlich-sozialen Verhaltens postuliert, daß das Wollen und die Willenskausalität — insoweit als sie Bedingungen, also Bestandteile der Rechtsregeln bilden — in einem bestimmten Sinne verstanden werden. Den in den Rechtsregeln enthaltenen, d. h. positivrechtlichen Begriff der Zurückführung eines Verhaltens auf ein Wollen bezeichnen wir als positivrechtliche Willenszurechnung, welche von der Zurechnung zum Verdienste oder zur Schuld scharf zu unterscheiden ist.

Der Satz, daß Zurechnung zum Wollen ein positivrechtlicher Begriff sei, darf nun aber nicht, wie es oft geschieht, dahin ausgedehnt werden, daß durch das positive Recht eine Kausalität, auch wo eine solche nach Naturgesetzen nicht stattfindet, willkürlich angeordnet oder geschaffen werden könne.

Wenn von Kausalitäten „in positivrechtlichem Sinne“ gesprochen wird, so darf dies nicht in der Meinung geschehen, daß positives Recht mit der Natur und mit den Denkgesetzen in Konkurrenz trete und den Begriff einer Ursache kreieren könne, der außerhalb des ontologischen Ursachenbegriffes stünde; diese Annahme wäre eine wesenlose, nichtssagende Fiktion. Das positive Recht wird durch Menschen gebildet, die nicht anders als nach den Gesetzen menschlicher Erkenntnis denken und die ihnen gegebenen Naturgesetze nicht aus der Welt schaffen, nicht wegfingieren können; es ist weder im stande, etwas zur Ursache zu machen, was naturgesetzlich keine Ursache ist, noch ein nach Naturgesetzen ursächlich wirkendes Wollen seiner Kausalität zu entkleiden. Wohl aber kann und muß im positiven Rechte innerhalb der durch die jeweilige Erkenntnis der Naturgesetze gesetzten unüberschreitbaren Grenzen eine nähere Bestimmung des aus diesen resultierenden Ursachenbegriffes stattfinden, um den Tatbestand, an welchen sich die Rechtsfolgen knüpfen, möglichst genau festzustellen. In ähnlicher Weise werden zahlreiche andere Naturerscheinungen (als z. B. die Begriffe Kind, Sache, Frucht, Besitzergreifung, Gefahr usw.), ebenso wie ethische, ästhetische oder wirtschaftliche Vorstellungen (z. B. Sorgfalt, Sittlichkeit, Unsittlichkeit, Kunstwerk, Eigenschaft des Kaufmannes, Fabrikanten usw.), soweit sie Merkmale eines rechtlich erheblichen Tatbestandes bilden, in den sogenannten „begriffsentwickelnden“ Sätzen der Rechtsregeln präzisiert. Eine solche Präzisierung ist beim Ursachenbegriffe um so wichtiger, als seine genauere Bestimmung und Abgrenzung in den Naturwissenschaften und in der Naturphilosophie keineswegs eine sichere ist. Hieraus aber zu folgern, daß nunmehr positivrechtliche Ursächlichkeit auch dort vorhanden sein könne, wo eine solche durch Natur- und Erkenntnisgesetze ausgeschlossen ist, wäre augenscheinlich ein Trugschluß. Wenn beispielsweise eine ge-

setzliche Vorschrift dahin lautet, daß es verboten oder strafbar sei, den Tod eines Menschen oder die Beschädigung einer Sache durch eine Unterlassung (einer diesen Erfolg hindernden Handlung) herbeizuführen, so bedient sie sich einer redefigürlichen Ausdrucksweise, die an dem wahren Sachverhalte, daß gegebenen Falles der Tod oder die Beschädigung durch andere, dem wirklichen Naturzusammenhange angehörende Vorgänge verursacht wurde, und daß den Unrechttäter bloß die Nichthinderung ursächlicher Momente belastet, nichts zu ändern vermag. In den sogenannten „Kommissivdelikten durch Unterlassungen“ liegt das unrechtmäßige Verhalten nicht in einer Verursachung des Erfolges, sondern in der Unterlassung einer auf die Paralysierung der Ursachen gerichteten Handlung. Sie unterscheiden sich von den reinen Ommissivdelikten bloß dadurch, daß zu ihrem Tatbestande, außer dem in der Unterlassung an und für sich liegenden Wollen, noch ein äußeres Naturereignis gehört. Geradeso wie die Willenskausalität als Tatbestandsmerkmal in den Rechtsregeln eine nähere Bestimmung erfährt, bildet auch die Unterlassung positivrechtlich nur in einer bestimmten Begrenzung einen Unrechtstatbestand. Eben um den positivrechtlichen Sinn der als unrechtmäßiges Verhalten qualifizierten Unterlassungen zu gewinnen, muß eingesehen werden, daß Unterlassungen keine Willenskausalitäten sind, daß daher die für den Begriff der Verursachung durch menschliches Wollen maßgebenden Verstandeskategorien bei ihrer Begriffsbestimmung nicht anwendbar sind. Da Unterlassungen nicht als Mangel an einem Wollen zu verstehen sind, da sie vielmehr ein wahres Wollen darstellen, dem bloß die Wirksamkeit nach außen abgeht, so bedürfen sie selbständiger Definitionen, um festzustellen, in welcher Ausdehnung sie die Bedingung für den Eintritt von Unrechtsfolgen abgeben.[58])

4. Rechtszwecke werden durch rechtliche Machten,. Unrechtszwecke durch isolierte Machten realisiert. Demzufolge

involviert jedes unrechtmäßige Verhalten einen objektiven Widerstreit, nicht bloß zwischen einem isolierten Zwecke und einem Rechtszwecke, sondern zugleich auch zwischen der isolierten natürlichen Macht seines Urhebers und einer rücksichtlich des entgegenstehenden Rechtszweckes vorhandenen rechtlichen Macht. Anders ausgedrückt: *Jedes unrechtmäßige Verhalten widerstreitet nicht bloß einem Rechtszwecke, sondern zugleich auch einem dem Rechtszwecke dienenden — öffentlichen oder privaten — subjektiven Rechte.* Dieser Widerstreit kann in zweifacher Art stattfinden:

Entweder derart, daß die Betätigung einer Befugnis durch das unrechtmäßige Verhalten bloß *gehemmt*, das subjektive Recht selbst aber in seinem Bestande nicht angegriffen wird; man kann hier von einem *Streite* isolierter Macht mit rechtlicher Macht sprechen;

Oder derart, daß die Betätigung einer rechtlichen Macht durch das unrechtmäßige Verhalten (ganz oder teilweise) *unmöglich gemacht*, somit die Aufhebung eines subjektiven Rechtes angestrebt wird; diese Art des Widerstandes kann als *Kampf* der isolierten gegen die rechtliche Macht bezeichnet werden.

In ihrer Beziehung auf das angegriffene subjektive Recht werden beide Arten, Hemmung sowohl als Zerstörung, Streit mit dem Rechte sowohl wie Kampf gegen das Recht als „Rechtsverletzungen" bezeichnet, obwohl der Ausdruck „Verletzung", strenge genommen, nur für die zweite Art paßt. Es wäre jedoch unnützer Purismus, aus diesem Grunde die Anwendung des die Beziehung des Unrechtes zu dem subjektiven Rechte zutreffend bezeichneten Wortes auf die bloße Hemmung zu beanständen.

Die vorstehende These, daß jede unrechtmäßige Handlung oder Unterlassung einen Angriff gegen ein subjektives

Recht enthalte, kann von denjenigen, welche im subjektiven Rechte, dessen Tatsächlichkeit außer acht lassend, bloß ein ethisches Verhältnis oder gar nur ethische Ansprüche Einzelner gegen Einzelne sehen wollen, nicht zugelassen werden. Sie halten die These zunächst schon dadurch für widerlegt, daß Normen und die durch diese begründeten ethischen Verhältnisse durch physische Handlungen oder deren Unterlassung überhaupt nicht alteriert, somit auch nicht „verletzt" werden können; daß durch ein äußeres Verhalten der Menschen vielmehr bloß die Güter, auf welche die ethischen Verhältnisse sich beziehen, angegriffen und beschädigt werden. Das Objekt des Angriffes und der Verletzung bilde bei den Eigentumsdelikten die Sache, bei körperlichen Beschädigungen der Körper, bei Verbrechen gegen die Sittlichkeit das Rechtsgut der öffentlichen Moral, bei Religionsverbrechen das Rechtsgut einer religiösen Volkssitte usw., nirgendwo aber ein subjektives Recht. Der Einwand trifft unsere Lehre nicht. Diese anerkennt — wie vorstehend unter Z. 2—3 dargelegt ist — vollständig, daß die natürliche Willenskausalität, sofern eine solche unrechtmäßig ist, auf nichts anderes als auf den natürlichen Effekt, von dem der Täter Lust erwartet, gerichtet sein kann. Allein sie qualifiziert die natürliche Willenskausalität als eine objektiv unrechtmäßige nur deshalb, weil ihr Erfolg mit einem Rechtszwecke, somit auch mit einer auf den Rechtszweck gerichteten rechtlichen Macht kollidiert. Diese Kollision ist eine selbständige Tatsache, die neben der natürlichen Kausalität einhergeht. Sie wird nur verschleiert, nicht aber aus der Welt geschafft, wenn man als Objekt des unrechtmäßigen Angriffes das „Rechtsgut" bezeichnet, weil schon in diesem Begriffe „Rechtsgut" ein tatsächliches Merkmal enthalten ist, welches den darunter fallenden Dingen neben und außer ihren natürlichen Eigenschaften vermöge der sozialen Machtverhältnisse zukommt. Schon dem Begriffe „Gut"

inhäriert das Merkmal einer tatsächlichen Beziehung des Gegenstandes zu einem Subjekte, das sich seiner zu erfreuen vermag. Kraft dieser Beziehung prädizieren wir von dem Gegenstande die Eigenschaft, Objekt eines möglichen Genusses zu sein, eine Eigenschaft, welche seine Stellung im natürlichen Kausalzusammenhange nicht tangiert. Ist aber Genußmöglichkeit die Voraussetzung des Gutsbegriffes, was unterscheidet dann das „Gut“ überall vom „Rechtsgut“? Welches Moment charakterisiert ein Gut als Rechtsgut? Doch nichts anderes als der Umstand, daß die Genußmöglichkeit nicht mehr bloß eine isolierte, sondern eine durch den tatsächlich geltenden Gesamtwillen begründete, d. h. eine rechtlich-soziale ist; solche Genußmöglichkeit ist aber nichts anderes als subjektives Recht. Irgend ein Gegenstand, in Ansehung dessen keine rechtliche Macht des Genusses bestünde, mag vielleicht im isolierten Leben ein Gut sein, nicht aber ein im gesellschaftlichen Leben gewährleistetes, also kein Rechtsgut. Wo immer daher von einem Rechtsgute gesprochen wird, muß ein subjektives Recht, und wo von Verletzung eines Rechtsgutes gesprochen wird, muß die Aufhebung oder Hemmung eines subjektiven Rechtes vorliegen. Nur darf man den Begriff des subjektiven Rechtes nicht auf konkrete oder gar körperliche Güter beschränken. Auch die Selbstbehauptung eines gesellschaftlichen Zusammenlebens, die Sicherung der demselben innewohnenden Interessen, bildet einen, und zwar den obersten Rechtszweck, daher auch das oberste Rechtsgut. Die rechtlich-sozialen Machten, welche diesen Zweck der Selbstbehauptung beinhalten und den staatlichen Organen verliehen sind, besitzen denselben Charakter von subjektiven Rechten, wie jene rechtlichen Machten, welche konkrete öffentliche oder private Interessen zum Gegenstande haben. Wenn gefragt wird, wo — beispielsweise angeführt — bei den Verbrechen und Vergehen des Hochverrates, der Religionsstörung, der Gottes-

lästerung, der Bigamie, der Unzucht wider die Natur, der Gefährdung öffentlicher Gesundheits-, Sicherheits- und Sittlichkeitszustände, der Tierquälerei u. a. m. ein verletztes subjektives Recht zu finden sei, so möchten wir diese Frage im Sinne der Fragesteller erweitern und so fassen: Worin liegt bei allen strafbaren Delikten als solchen, d. h. insofern als sie strafbar sind, das verletzte subjektive Recht? Denn bei allen jenen strafbaren Tatbeständen, welche, auch wenn sie nicht strafbar wären, unrechtmäßig bleiben, z. B. bei den Eigentumsdelikten, bei den körperlichen Beschädigungen im weitesten Sinne des Wortes, bei Injurien usw., sind nach Maßgabe der Rechtsfolgen zwei Unrechtsmomente zu unterscheiden: das eine, welches strafrechtliche Folgen, das andere, welches prozessuale Folgen oder privatrechtliche Folgen mit sich führt: Strafunrecht und Zivilunrecht. Von dieser Unterscheidung wird weiterhin (§ 36) zu sprechen sein; dort soll auch die Frage nach dem durch das Strafunrecht als solches verletzten subjektiven Rechte beantwortet werden.[59])

5. Die größte Zahl unrechtmäßiger Handlungen und Unterlassungen findet in schuldbarer Weise statt. Infolgedessen bleibt die begriffliche Trennung des objektiv unrechtmäßigen Wollens von der Verschuldung häufig unbeachtet. Wenn gesagt wird, daß der Angeklagte den Tod eines anderen „verschuldet" habe, so ist stillschweigend vorausgesetzt, daß dem Täter die Rechtsregel, nach welcher die Verursachung des Todes eines anderen eine unrechtmäßige Handlung ist, bekannt war; und diese Bezeichnung als „Verschuldung" wird in gleicher Weise angewendet, mag nun die Verursachung eine vorsätzliche oder eine versehentliche gewesen sein. Supponieren wir aber einen Tatbestand, der nicht schon unmittelbar vermöge des positiven Rechtsgefühles als ein unrechtmäßiger erkennbar ist, sei es, weil die betreffende Rechtsregel einer ganz singulären, dem Lebens- und Berufskreise des Täters

ferne liegenden Gesetzvorschrift entstammt, sei es, weil der Täter sich rücksichtlich der Umstände, welche sein Verhalten zu einem unrechtmäßigen gestalten, in einem unvermeidlichen Irrtume befunden hat, so wird sich sowohl das ethische Gefühl, als das feinere Sprachgefühl dagegen sträuben, das Wollen des Täters ein schuldhaftes zu nennen. Die Wissenschaft muß aber ihre Begriffe überall, ohne sich durch einen unreinen Sprachgebrauch beeinflussen zu lassen, nach allgemeinen sicheren Kriterien bilden; sie muß auch im schuldhaften Unrechte das objektiv unrechtmäßige Wollen und das Verschulden als zwei verschiedene Begriffe, von denen der erste auf einem Erkenntnisurteile, der zweite auf einem normativen Urteile beruht, genau auseinanderhalten.

Zu dieser Klärung der Begriffe, zur Feststellung des objektiven Unrechtstatbestandes für sich und des rechtlichen Verschuldens für sich, können die Normentheorien, so oft und in so scharfsinniger Weise sie dieselbe auch in Angriff nehmen, bei konsequenter Festhaltung ihrer Ausgangspunkte nicht gelangen. Denn wer das rechtmäßige Verhalten nur als Befolgung von Imperativen ansieht, kann das unrechtmäßige Verhalten nur als Nichtbefolgung von Imperativen, als Ungehorsam erklären. Alle Versuche, den Deliktstatbestand gleichwohl von der subjektiven Gesinnung des Täters loszulösen und als selbständige rechtliche Erscheinung zu begreifen, alle Konstruktionen eines Imperativs, der nicht ein Wollen, sondern äußere Erfolge, die doch wieder nur auf einem Wollen beruhen, fordert, sind logische Inkonsequenzen, die keine echt wissenschaftliche Wurzel fassen können und demnach unfruchtbar bleiben müssen. Der ethischen Mißbilligung unterliegt eine Handlung nur insofern, als sie ethischen Anforderungen zuwiderläuft. Sie kommt in der ethischen Beurteilung ausschließlich als Verschulden in Betracht. So lange daher die Rechtswissenschaft, wie die Normentheorien es tun, auf das positive Recht

und das positive Unrecht bloß die ethischen Denkformen des Gebotes und Verbotes und des Pflichtverhältnisses anwendet, widerspricht sie ihren eigenen Axiomen, wenn sie eine Rechtmäßigkeit und Unrechtmäßigkeit unabhängig von jenen Kategorien konstruieren will. Die Normentheorien müssen bei diesem Bestreben auf die schiefe Ebene zweideutiger Wortkombinationen, wie jene der sogenannten „äußeren Pflicht“, für welche die Gesinnung belanglos sei, der sogar, wenn es in die formale logische Deduktion besser paßt, auch willensunfähige Personen, ja Tiere und leblose Sachen unterzogen werden, geraten. Zu diesen unvorstellbaren Redewendungen gehört auch diejenige von einer „schuldlosen Pflichtwidrigkeit“, dem ebenbürtigen Gegenstücke zur „äußeren Pflicht“.

Sind wir hingegen dazu gelangt, die doppelte Geltungsart der Rechtsregeln zu erfassen, so ist uns zugleich eine doppelte Grundlage der rechtlichen Beurteilung geboten. Auf Grund der primären tatsächlichen Geltung der Rechtsregeln erscheint danach das Unrecht primär als ein Wollen, dessen Inhalt, objektiv betrachtet, zu einem Rechtszwecke, und dessen Regel in einem ausschließlichen Gegensatze steht. Erst wenn dieser objektive Unrechtstatbestand gegeben ist, kann die sekundäre Beurteilung auf Grund der normativen Funktion der Rechtsregeln eintreten, die Beurteilung, ob der Täter bei Setzung der von den tatsächlichen Rechtsregeln abweichenden Handlung oder Unterlassung sich gegen deren normative Funktion verfehlt, also eine wahre und echte Rechtspflicht verletzt habe, d. h. ob das begangene Unrecht ein schuldhaftes oder ein nicht schuldhaftes ist.

§ 34. Rechtliches Verschulden.

1. Rechtliches Verschulden ist gleichbedeutend mit Verletzung einer Rechtspflicht und beruht auf der normativen Funktion der Rechtsregeln. Da diese von der vorausgehenden

tatsächlichen Geltung der Rechtsregeln bedingt ist, so setzt jedes einer Rechtspflicht gemäße Verhalten dessen objektive Rechtmäßigkeit, und jedes einer Rechtspflicht zuwiderlaufende oder schuldhafte Verhalten, dessen objektive Unrechtmäßigkeit voraus (§ 10). Verschulden ist somit die ethische Qualifikation des einem objektiv unrechtmäßigen Verhalten zu Grunde liegenden Willensentschlusses als inneren Geistesvorganges. In der Vorstellung: „schuldhaftes Unrecht" sind die beiden Momente des objektiven Unrechtes und der Selbstbestimmung zum Unrechte (der Schuld) synthetisch zusammengefaßt.

Jedes menschliche Verhalten, sei es auf einen isolierten oder auf einen Rechtszweck gerichtet, bedarf einer zweifachen Selbstbestimmung des Willenssubjektes: einmal in dem Sinne, um die Willensenergie in unmittelbarer Richtung auf den Zweck wachzurufen; sodann in dem Sinne, um die Willensenergie auf die Herbeischaffung oder Festhaltung der den Zweck fördernden und auf die Beseitigung oder Paralysierung der dem Zwecke hinderlichen äußeren Umstände zu lenken. Die erste Art der Selbstbestimmung zum Wollen kann man als Absicht, die zweite Art kann man als Vorsicht bezeichnen. Zu jeder Zweckverfolgung ist die Selbstbestimmung zur Absicht und die Selbstbestimmung zur Vorsicht erforderlich, eine doppelte Anspannung des Ich zur Selbstbetätigung. Demgemäß beansprucht auch die normative Funktion der Rechtsregeln diese doppelte Art der Selbstbestimmung bei jedem einzelnen Rechtsgenossen und in jedem einzelnen Falle der Geltung eines Rechtszweckes: Rechtspflicht hat in jedem gegebenen Falle eine Selbstbestimmung oder Willensentschließung, nicht bloß zur Absicht auf den rechtmäßigen Erfolg, sondern auch zur Vorsicht in Ansehung der dem Erfolge dienlichen oder denselben gefährdenden Umstände zum Gegenstande.

Nach beiden Richtungen kann das Willenssubjekt seine Rechtspflicht verletzen oder, was dasselbe sagt, kann das ob-

jektiv unrechtmäßige Verhalten zugleich ein schuldhaftes sein. Demgemäß gibt es zwei Arten rechtlichen Verschuldens:

Böser Vorsatz, wenn das objektiv unrechtmäßige Verhalten auf einem Mangel der von einer Rechtsnorm geforderten Absicht beruht;

Fahrlässigkeit, wenn das objektiv unrechtmäßige Verhalten auf einem Mangel der von einer Rechtsnorm geförderten Vorsicht beruht.

Beide Arten des Verschuldens bedeuten, daß ein unrechtmäßiges Wollen seinem Subjekte ethisch als Pflichtverletzung angerechnet wird. Die Schuldzurechnung ist daher von der Willenszurechnung zu unterscheiden; diese ist ein Urteil über das rein tatsächliche Verhältnis, jene ist ein Urteil über das ethische Verhältnis eines konkreten Wollens zu den Rechtsregeln.

2. Überall wo an schuldhaftes Unrecht Rechtsfolgen geknüpft sind, bildet das Verschulden ein Tatbestandsmoment, d. h. einen Teil der Rechtsregeln, welche die Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse betreffen (§ 18). Sie unterliegt daher in gleicher Weise, wie dies rücksichtlich der Willenszurechnung in § 33, Z. 3, dargelegt wurde, einer positivrechtlichen Begriffsbestimmung in „begriffsentwickelnden Rechtssätzen", die sich freilich nur im Rahmen der ethischen Beurteilungsmöglichkeit bewegt, jedoch innerhalb derselben den Sinn bezeichnet, in welchem die Begriffe „böser Vorsatz" und „Fahrlässigkeit" Bedingungen für den Eintritt der in Betracht kommenden Rechtsfolgen abgeben. Durch solche Präzisierung oder Begrenzung wird der Sicherheits- oder Wahrscheinlichkeitsgrad in der tatsächlichen Geltung der einschlägigen Rechtsregeln erhöht. Es wäre aber hier, ebenso wie bei der positivrechtlichen Bestimmung des Begriffes „Willenskausalität" oder irgend eines anderen Tatbestandsmerkmales, durchaus irrtümlich anzunehmen, daß die positivrechtlichen Begriffsbestim-

mungen des Verschuldens und seiner Arten in einem Gegensatze zu deren ethischem Wesen stehen können, so als ob positives Recht anzuordnen vermöchte, daß ein pflichtwidriger Vorsatz oder eine pflichtwidrige Fahrlässigkeit auch dort stattfinde, wo sie nach den die Rechtsgenossen als Menschen erfüllenden ethischen und psychologischen Vorstellungen nicht vorliegen. Wenn nach positivem Rechte in einzelnen Fällen objektiven Unrechtes trotz mangelnder Pflichtwidrigkeit seines Urhebers Rechtsfolgen eintreten, die sonst nur bei schuldhaftem Unrechte Platz greifen, so darf eine gesunde wissenschaftliche Lehre dies nicht damit erklären wollen, daß die Rechtsordnung ein in Wahrheit mangelndes ethisches Verschulden „annehme“ oder „fingiere“. Denn Fiktionen erklären, wie oft bemerkt, nichts, sondern kommen bloß der Bildung eines formalen Syllogismus mit einem wesenlosen Obersatz zur Hilfe. Sie verletzen aber gerade hier, wo es sich um ethische Beurteilungen handelt, überdies auch das moralische Gefühl, das es als eine unerträgliche Heuchelei empfinden muß, wenn man Strafen oder sonstige Übel, die einem Schuldlosen auferlegt werden, dadurch rechtfertigen will, daß dem Schuldlosen ein Verschulden „anfingiert“ werde. Deshalb wird überall dort, wo nach positivem Rechte einer Person ein Übel zugefügt wird, ohne daß ihr der Vorwurf einer diese Übelzufügung veranlassenden Rechtspflichtwidrigkeit gemacht werden könnte, der Wahrheit die Ehre zu geben sein, die dahin geht, daß es positive Rechtsregeln gibt, nach welchen infolge eines stattgefundenen objektiven Unrechtes, ja zuweilen auch infolge einer zufälligen Schädigung, Strafübel oder Schadenersatzverbindlichkeiten solchen Personen, denen keinerlei Verschulden imputiert werden kann, aufgelastet werden. Zu prüfen, ob ein solcher Vorgang, sei es durch Rücksichten auf öffentliche Interessen gerechtfertigt, sei es durch irgend welche Vorurteile (religiöser, nationaler, politischer oder sonstiger Art) wenigstens historisch er-

klärt werden kann, fällt außerhalb der Grenzen unserer Erörterungen.

Ebensowenig haben wir uns mit den verschiedenen Begriffsbestimmungen, welche rechtliches Verschulden und seine beiden Hauptarten: böser Vorsatz und Fahrlässigkeit positivrechtlich erfahren haben oder erfahren könnten zu befassen. Nur so viel sei bemerkt, daß hiebei nicht, wie es öfters geschieht, bloß die Kausalbeziehung des Wollens zu dem äußeren Erfolge in Betracht gezogen werden darf, so, als ob böser Vorsatz unter die Kategorie des Vorsatzes, und Fahrlässigkeit unter die Kategorie des Versehens bei Herbeiführung natürlicher Erfolge fallen und sich von allen anderen Fällen des Vorsatzes, beziehungsweise des Versehens nur dadurch unterscheiden würden, daß der eingetretene natürliche Erfolg ein positivrechtlich unerwünschter ist. Denn nicht der natürliche Erfolg (z. B. der Tod, das Erleiden einer körperlichen Verletzung oder einer Sachbeschädigung, der Besitzverlust usw.) ist unrechtmäßig. Das Prädikat der Unrechtmäßigkeit kommt einem menschlichen Verhalten nicht in seiner kausalen Relation zu einem natürlichen Erfolge, sondern in seiner Relation (als Ausnahme) zu der Geltung der Rechtsregeln zu (§ 33, Z. 2). Hieraus folgt weiters, daß Schuldhaftigkeit nicht ein Attribut des Wollens als eines auf einen natürlichen Erfolg gerichteten Geistesvorganges, sondern ein Attribut der Unrechtmäßigkeit eines Wollens ist. Bei der Vorstellung „Mord“ z. B. wird nicht das „Töten“ an und für sich, sondern das „unrechtmäßige Töten“ oder genauer die „Unrechtmäßigkeit des Tötens“ als eine verschuldete, und zwar vorsätzlich verschuldete, prädiziert. Das Töten an und für sich ist die rein natürliche Wirkung eines Willensvorganges und kann nur unter die Kategorie der Kausalität gebracht werden. Der ethischen Beurteilung als Verschulden unterliegt bloß das Verhältnis, in welchem das der Tötungshandlung zu Grunde liegende Wollen zur

Rechtsregel steht, d. h. ihre Unrechtmäßigkeit, die entweder eine verschuldete oder eine unverschuldete ist. Nur in einem unreinen Sprachgebrauche wird die Ausdrucksweise: Jemand habe den Tod eines anderen „verschuldet" auf den kausalen Zusammenhang zwischen dem Wollen des einen und dem Tode des anderen bezogen. In wissenschaftlich korrektem Sprachgebrauche setzt jedes „Verschulden" eine Norm und eine daraus resultierende Pflicht voraus. Da nun im positiven Rechte Norm und Pflicht bloß sekundäre Folgen der tatsächlichen Geltung der Rechtsregeln sind, so kann auch nur die Abweichung von einer tatsächlich geltenden Rechtsregel den Gegenstand der normativen Beurteilung bilden. Rechtliches Verschulden drückt somit aus, daß der Urheber eines objektiv unrechtmäßigen Verhaltens für dessen objektive Unrechtmäßigkeit ethisch verantwortlich ist, daß er bei seinem regelwidrigen Verhalten zugleich die normative Anforderung: „Du sollst dich zu einem den tatsächlich geltenden Rechtsregeln und ihren Zwecken entsprechenden Verhalten bestimmen" verletzte. Und diese Pflichtwidrigkeit ist eine vorsätzliche oder eine fahrlässige, je nachdem, ob der Urheber der Unrechtmäßigkeit sich derselben bewußt war oder bei Aufwand der erforderlichen Sicherheit hätte bewußt werden müssen.[60])

3. Wird das objektive Unrecht als eine Abweichung oder Ausnahme von der tatsächlichen Geltung einer Rechtsregel und diese Abweichung oder Ausnahme (nicht die physische Handlung oder Unterlassung) als der Gegenstand der Beurteilung nach der normativen Funktion der Rechtsregeln, d. i. als Gegenstand des rechtlichen Verschuldens erkannt, so ergibt sich in weiterer Folge der Maßstab, nach welchem die erforderliche Vorsicht, beziehungsweise deren Vernachlässigung, die Fahrlässigkeit, im positiven Rechte zu bestimmen ist. Daß die Willensanspannung im einzelnen Fall alle erdenklichen Umstände, welche das Verhalten zu einem objektiv unrechtmäßigen

gestalten könnten, umfasse, ist bei deren unendlicher Mannigfaltigkeit schlechterdings unmöglich, kann daher nicht den Inhalt einer Rechtsregel und den Inhalt einer Rechtsnorm bilden. Diese können nur dahin gehen, daß soziale Interessen den isolierten Interessen gleichgehalten werden, daß somit jeder einzelne rechtlich verbunden und rechtlich verpflichtet ist, rücksichtlich der sozialen Interessen das gleiche Maß von Vorsicht oder Aufmerksamkeit anzuwenden, welches unparteiische, durch kollidierende isolierte Interessen nicht beeinflußte Rechtsgenossen der Regel nach den sozialen Interessen entgegenbringen. Selbstverständlich darf hiebei Vorsicht nicht verwechselt werden mit dem Umfange von Kenntnissen und Erfahrungen, welche dem Willenssubjekte im gegebenen Falle rücksichtlich der für den Erfolg maßgebenden äußeren Umstände zu Gebote stehen. Solche Kenntnisse und Erfahrungen sind rein individuelle und gehören nicht dem Willensbereiche an; Vorsicht aber ist nicht Voraussicht, nicht eine Verstandes-, sondern eine Willenstätigkeit. Der Arzt, der eine Wunde kunstgerecht verbindet oder der Baumeister, der eine dem Einsturze nahe Mauer stützt, wendet keine größere Vorsicht an, als der Laie, der in einem Notfalle zu gleichen Maßnahmen veranlaßt ist. Daß der Fachmann andere und bessere Mittel ergreift als der Nichtfachmann, ist nicht die Folge größerer Willensanspannung, sondern Folge des größeren Erkenntnisgebietes, innerhalb dessen sich die Willensanspannung bewegt. In Ansehung der Willensanspannung nun ist das normative Moment des positiven Rechtes bedingt von der tatsächlichen Regel eines sozialen Verhaltens und der diesem zu Grunde liegenden sozialen Antriebe. Während das moralische Gesetz auf derartige soziale Regeln keine Rücksicht nimmt und von jedem Einzelnen eine individuelle Anspannung seiner Willenskräfte in Anspruch nimmt, verlangt die positive Rechtsnorm von jedem Einzelnen

nichts anderes, als daß er sein Wollen im sozialen Interesse, auch wo es vom isolierten Interesse differiert, so bestimme, wie er als Typus „Rechtsgenosse“ tun würde, wenn kein kollidierendes, isoliertes Interesse einen abwenkenden Reiz auf ihn ausüben würde. Dieses ethische Prinzip enthält zugleich die Forderung, sich in jedem gegebenen Falle die Kenntnis der für den Erfolg maßgebenden äußeren Umstände in der Art und in dem Maße, wie dies nach erfahrungsmäßiger Regel bei den in gleichen oder ähnlichen Lebensverhältnissen stehenden Rechtsgenossen üblich ist, zu verschaffen.

Aus gleichen Gesichtspunkten ist auch die Frage zu beantworten, inwiefern Kenntnis oder Unkenntnis der gesetzlichen Vorschriften für das Urteil über das Vorhandensein eines rechtlichen Verschuldens erheblich ist, d. h. inwiefern der Satz: „Unkenntnis der Gesetze entschuldigt nicht“ positivrechtliche Geltung hat und haben kann. Dieser Satz kann nicht bedeuten, daß jede Rechtsunkenntnis schuldhaft sei. Eine Anforderung, alle Rechtsregeln zu wissen und zu verstehen und sich dieselben in jedem einzelnen Lebensverhältnisse und zu jeder Zeit gegenwärtig zu halten, wäre auf eine unmögliche Leistung gerichtet; sie könnte von gar niemandem befolgt, müßte von jedermann konstant verletzt werden. Verschulden setzt aber seinem Begriffe nach Möglichkeit der Leistung voraus. Die Anforderung kann nur dahin gehen, daß jeder einzelne in jedem gegebenen Falle die rücksichtlich eben dieses Falles geltenden Rechtsregeln, sofern sie ihm noch nicht bekannt sind, kennen zu lernen bemüht sei; und schuldhafte Rechtsunkenntnis kann nur darin liegen, daß jemand bei Begehung einer unrechtmäßigen Handlung oder Unterlassung es absichtlich oder fahrlässig versäumt hat, sich mit den im gegebenen Falle einschlägigen Rechtsregeln bekanntzumachen. Der Umfang aber, in welchem diese Anforderung als Rechtsnorm

gilt, kann abermals bloß durch jenes Maß von Willensanspannung, welches bei den Rechtsgenossen der Regel nach stattfindet, bestimmt werden. Und auch hier ist die von den individuellen geistigen Fähigkeiten und Lebensstellungen bedingte Möglichkeit der Erwerbung der einschlägigen Rechtskenntnis von der hiezu erforderlichen Willensanspannung zu unterscheiden und daran festzuhalten, daß nur die letztere für den ethischen Begriff der Pflicht, somit auch für den ethischen Begriff der Rechtspflicht und deren Verletzung in Betracht kommt. Es wird in Bezug auf die Kenntnis der Gesetze von einem Geschäftsmann oder von einem Juristen kein größeres Maß von Diligenz gefordert, als von dem Geschäfts- oder Rechtsunkundigen; wohl aber ist zu berücksichtigen, daß der Geschäfts- oder Rechtskundige bei Anwendung der gleichen Aufmerksamkeit die objektive Unrechtmäßigkeit eines Verhaltens vielfach auch dort zu erkennen vermag, wo der Unerfahrene auch beim besten Willen im Dunkeln bleibt. Deshalb ist der Satz: „Rechtsunkenntnis entschuldigt nicht“ nur mit dem einschränkenden Beisatz: „sofern die Erwerbung der Rechtskenntnis bei Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit möglich war“ richtig. Unverschuldete Rechtsunkenntnis auf dem Wege einer Fiktion als unverschuldete zu erklären, widerspricht, wie bereits unter Z. 4 bemerkt wurde, sowohl den Gesetzen der Logik als den Gesetzen der Sittlichkeit. Es mögen immerhin Rechtsregeln bestehen, wonach ein unrechtmäßiges Verhalten auch in dem Falle, wenn sein Urheber bei Aufwand der für die Rechtsgenossen normalen Vorsicht außer Stande war, von den einschlägigen Rechtsregeln (welche sein Verhalten als ein objektiv rechtswidriges erscheinen lassen) Kenntnis zu erlangen, von irgend welchen, dem Urheber lästigen Rechtsfolgen begleitet ist. Es ist sodann Aufgabe der Rechtswissenschaft, den Motivationen, welche zu solchen Rechtsregeln führen, nachzugehen, die wirklichen oder eingebildeten

sozialen Interessen, die ihnen zu Grunde liegen, zu erforschen; aber mit der Fiktion eines rechtlichen Verschuldens wird die Rechtswissenschaft dieser Aufgabe keineswegs gerecht. Sie verschließt sich vielmehr selbst den Weg zur Lösung derselben, wenn sie, das Wesen des objektiven Unrechtes und das Wesen des rechtlichen Verschuldens gleichermaßen verkennend, beide Qualifikationen miteinander vermengt und sich mit der gehaltlosen Behauptung abfindet, „der Gesetzgeber“ oder „die Rechtsordnung“ fingiere in diesen Fällen ein nicht vorhandenes Verschulden, statt die wahren Gründe, die sozialen Bedürfnisse, festzustellen, welche dazu führen, ausnahmsweise und nach bestimmten Richtungen hin eine unverschuldete Unrechtmäßigkeit so zu behandeln, als ob sie eine verschuldete gewesen wäre.

4. In § 9, Z. 3 wurde der Unterschied zwischen der normativen Funktion der positiven Rechtsregeln (die nur in dieser Funktion als Normen gelten) und den moralischen Normen dargelegt. Zu den bloß moralischen Normen gehören auch jene, welche ideale Rechtssätze, d. i. Sätze über ein rechtlich-soziales Zusammenleben der Menschen, enthalten, ohne tatsächlich zu gelten. Denn auch sie resultieren nicht aus der ethischen Bedeutung einer realen Ordnung des menschlichen Zusammenlebens, sondern haben als Konzeptionen der menschlichen Vernunft denselben Ursprung wie alle sonstigen Moralgebote. Dem Gegensatze zwischen positiven und idealen Rechtsnormen korrespondiert notwendigerweise ein Gegensatz zwischen positivem und idealem Unrechte. Idealen Rechtssätzen gegenüber gibt es keine bloß objektive Unrechtmäßigkeit. Denn diese besteht lediglich in der Qualifikation eines bestimmten Verhaltens als Ausnahme oder Abweichung von tatsächlich geltenden Rechtsregeln. Den idealen Rechtssätzen als solchen aber mangelt jede tatsächliche Geltung, sie sind nichts als Normen. Von einem bloß tatsächlichen Widerstreite zwi-

schen einem Verhalten und einem idealen Rechtssatze kann daher ebensowenig die Rede sein, wie von einem bloß tatsächlichen Widerstreite zwischen einem Verhalten und der normativen Funktion der positiven Rechtsregeln. Aber das ethische Prinzip der Verpflichtung und der Schuld ist in der Beziehung eines bestimmten Verhaltens zu einer positivrechtlichen Norm ein anderes als in der Beziehung desselben Verhaltens zu einer idealen Norm. Eine Auflehnung des einzelnen gegen die normativen Postulate des positiven Rechtes ist verwerflich, weil das positive Recht eine soziale Ordnung der Machtverhältnisse darstellt, die ein regelmäßiges Zusammenwirken aller Rechtsgenossen für gemeinschaftliche Zwecke involviert. Solche Regelmäßigkeit und solches Zusammenwirken bilden die Vorbedingung für alle menschliche, geistige und physische Wohlfahrt und Vervollkommnung, ganz abgesehen von dem Inhalte und moralischen Wert, welchen die einzelnen Rechtsregeln und die durch sie begründeten Machtverhältnisse besitzen. Und das schuldhafte Unrecht ist nur deshalb ethisch verwerflich, weil es jene Regelmäßigkeit und jene Ordnung der Machtverhältnisse und sozialen Interessen beeinträchtigt. Das ideale Unrecht hingegen widersetzt sich keiner realen Regelmäßigkeit und keinem realen und sozialen Interesse und Machtverhältnisse; es wird daher auch nicht wegen eines solchen Widerstreites mißbilligt. Das ethische Urteil beruht hier auf dem moralischen Werte, den der Inhalt des idealen (nicht als tatsächlich geltend vorausgesetzten) Rechtssatzes besitzt.

Möchte nun auch eine philosophische Weltanschauung, welche über die Erfahrung sich erhebend, alles Vergängliche bloß als Annäherung zu Vernunftidealen würdigt, den von ihr gebildeten Idealen eines rechtsgesellschaftlichen Zusammenlebens eine ewige Wahrheit beimessen; möchte sie dafür halten, daß die historischen Rechtsordnungen bloß als unvollkommene, in der Entwicklung begriffene Erscheinungsformen

jener Ideale einen ethischen Wert haben; möchte sie demzufolge auch das Unrecht bloß als eine Auflehnung des Einzelnen gegen das Ideal eines sozialen Zusammenlebens ansehen; die Wissenschaft des positiven Rechtes muß sich solchen Gedankengängen und den aus ihnen resultierenden Vorstellungen von Rechtspflichten und Rechtspflichtwidrigkeiten gegenüber prinzipiell ablehnend verhalten, weil sie sonst den für die Erkenntnis ihres Objektes einzig möglichen Boden, den Boden der Erfahrung, preisgibt. Ja, solche Ablehnung sollte aus methodischen Gründen eine noch schärfere sein, als die analoge Ablehnung der Naturphilosophie seitens der Naturwissenschaften, weil den positiven Rechtsregeln sekundär allerdings eine normative Bedeutung innewohnt, und weil diese normative Bedeutung in der Rechtslehre eine Terminologie zur Folge hat, welche vielfach der Terminologie der Morallehre nachgebildet ist, wodurch die Gefahr einer Verwirrung der dem einen und der dem anderen Gebiete angehörenden Vorstellungen und Begriffe nahe gerückt wird. Überaus häufig zeigt sich solche Verwirrung bei den Vorstellungen vom rechtlichen Verschulden. Die ethische Beurteilung unrechtmäßiger Handlungen nach dem normativen Charakter des positiven Rechtes wird nur zu häufig nicht, oder doch nicht sorgfältig genug, von der Beurteilung nach den Moralnormen getrennt. Man identifiziert oder vermengt die moralische Entrüstung über die Zufügung eines Übels mit der Mißbilligung, welche dieselbe Übelzufügung wegen ihres Widerstreites mit dem positiven Rechte erfährt. Aber der Tadel, welcher ein Verbrechen bei der normativen Beurteilung vom Stande des positiven Rechtes trifft, ist nicht der Tadel einer Grausamkeit, einer Lüge, oder einer sonstigen moralwidrigen Willensbestimmung als solcher, sondern der Tadel einer Willensbestimmung, welche zu einem den tatsächlich geltenden Rechtsregeln widerstreitenden Verhalten führt. Und dieser Tadel auf Grund der normativen

Funktion der positiven Rechtsregeln greift auch dann Platz, wenn zwischen diesen und den Anforderungen der Moral im gegebenen Falle eine Diskordanz obwaltet. Eine derartige Diskordanz begründet eine Pflichtenkollision. Auf der einen Seite steht die ethische Rechtspflicht, einer Rechtsregel gemäß zu verfahren, auf der anderen Seite steht die Pflicht, den Anforderungen eines idealen Rechtssatzes, der von dem in der positiven Rechtsregel enthaltenen Rechtssatze differiert, Folge zu leisten. Wie sich der einer solchen Kollision ausgesetzte einzelne Rechtsgenosse, Richter oder Beamte zu verhalten hat, ob er den moralischen oder den Geboten des positiven Rechtes größeren Gehorsam schuldet, wird sich vielleicht niemals nach sicheren allgemeinen Grundsätzen beurteilen lassen; keinesfalls aber gehören solche Grundsätze in den Bereich einer Lehre vom positiven Rechte. Diese befaßt sich bloß mit den Regeln des positiven Rechtes und mit dessen normativen Funktionen, ohne zu beachten, ob und unter welchen Voraussetzungen und in welchem Ausmaße oder Sinne die positivrechtlichen Anforderungen einen höheren oder geringeren Wert besitzen, als die mit ihnen konkurrierenden oder kollidierenden moralischen Anforderungen. Das positivrechtliche Verschulden bleibt als solches unberührt, auch wenn die von ihm als schuldhaft qualifizierte Handlung oder Unterlassung im moralischen Sinn eine verdienstliche wäre (§ 11, Z. 3).[61])

§ 35. Die Rechtsfolgen des Unrechtes.

1. Unrecht bedeutet, nach den vorangehenden Ausführungen, den Widerstreit, in welchem ein Verhalten zu einer Rechtsregel, und zwar entweder nur rücksichtlich ihrer tatsächlichen Geltung oder auch rücksichtlich ihrer normativen Geltung, steht. Jeder Tatbestand eines unrechtmäßigen Verhaltens ist zwar ein in sich selbst abgeschlossener, er ist jedoch, ebenso wie jeder andere Tatbestand, im realen Rechtsleben nur insoweit

erheblich, als er die Entstehung, die Erlöschung oder die Änderung eines Rechtsverhältnisses bedingt. Eine Art unrechtmäßiger Handlungen oder Unterlassungen, mit der nach positivem Rechte gar keine Rechtsfolge verbunden wäre, hätte unter Umständen vielleicht eine moralische, aber keine positivrechtliche Bedeutung. Sie würde bloß dartun, daß in dem sie betreffenden Bereiche des sozialen Lebens die geltenden Rechtsregeln einen niedrigen Grad der Sicherheit oder Wahrscheinlichkeitsgeltung besitzen. Die Verknüpfung des Unrechtstatbestandes mit seinen rechtlichen Folgen gleicht somit der Verknüpfung jeder sonstigen Art von Tatbeständen, z. B. der Rechtsgeschäfte, mit den durch dieselben hervorgerufenen Rechtsverhältnissen; die eine wie die andere Verbindung beruht auf Rechtsregeln jener Kategorie, welche die Entstehung und Endigung von Rechtsverhältnissen betreffen (§ 18).

Die solcher Art entstehenden Rechtsfolgen unrechtmäßigen Verhaltens zerfallen in drei Kategorien:

a) die prozeßrechtlichen, bestehend in der staatlichen Hilfe behufs Betätigung eines angegriffenen Rechtes;

b) die vermögensrechtlichen, bestehend in dem Anspruche des durch das Unrecht Geschädigten auf Ersatz des Vermögensinteresses;

c) die personenrechtlichen oder strafrechtlichen, bestehend in dem staatlichen Rechte, dem Unrechttäter ein Übel zuzufügen.

2. *a)* Die prozeßrechtlichen Folgen des Unrechtes. In § 33, Z. 4, wurde gesagt, daß unrechtmäßiges Verhalten entweder eine bloß zeitliche Behinderung der Betätigung eines Rechtszweckes, eine bloße Hemmung in der Ausübung eines subjektiven Rechtes bei dessen unverändertem Fortbestandes (einen rechtlichen Streit) oder aber eine gänzliche oder teilweise Aufhebung des angegriffenen Rechtszweckes und Rechtsverhältnisses (einen rechtlichen Kampf) beinhaltet.

Hemmung einer rechtlichen Macht oder Befugnis tritt ein, wenn die ihm gegenüberstehende Verbindlichkeit nicht im friedlichen Wege erfüllt wird. Behufs Ausübung der rechtlichen Macht im Streite wird sodann dem Berechtigten von den dazu bestimmten rechtsgesellschaftlichen Organen prozessuale Hilfe geleistet. An dem Bestande des subjektiven Rechtes hat sich vorausgesetztermaßen nichts geändert; doch erlangt infolge der widerrechtlichen Hemmung eines subjektiven Rechtes der Berechtigte die öffentlichrechtliche prozessuale Befugnis, sich bei Ausübung der dem angegriffenen subjektiven Rechte entspringenden Befugnisse der staatlichen Organe zu bedienen, und die staatlichen Organe haben das Recht und die Verbindlichkeit, diese staatliche Hilfe behufs Beseitigung der Rechtshemmung zu leisten. Dies geschieht im Wege des Prozesses im weitesten Sinne dieses Wortes. Das Prozeßrecht in diesem Sinne dient der Ausübung der Privatrechte ebenso wie der Ausübung der öffentlichen Rechte. Es richtet sich nicht gegen den Beklagten, sondern gegen die zur Leistung der Rechtshilfe jeweils kompetente Behörde, als die Befugnis, die öffentlichrechtliche Macht derselben in Bewegung zu setzen, und zu betätigen. Da es erst dann entsteht, wenn die friedliche Betätigung eines subjektiven Rechtes durch unrechtmäßiges Verhalten gehindert ist, so bildet es eine Rechtsfolge des letzteren. Die prozessuale Rechtsfolge ist an den Tatbestand des objektiven Unrechtes, gleichviel, ob es ein rechtlich verschuldetes ist oder nicht, geknüpft. Der Staat leistet dem Eigentümer oder dem Gläubiger seine Rechtshilfe gegenüber dem redlichen Besitzer oder dem gutgläubigen säumigen Schuldner in gleicher Weise, wie gegenüber dem unredlichen Besitzer oder dem böswilligen Schuldner. Und ebenso leiht ein staatliches Organ seine prozessuale Unterstützung einem anderen staatlichen Organe behufs Durchsetzung der staatlichen Macht,

ohne Rücksicht darauf, ob diese Hemmung schuldhafter oder nicht schuldhafter Weise stattfindet.

Von der prozessualen Befugnis ist — wie in den §§ 30 und 31 gezeigt wurde — die materiellrechtliche Befugnis, welche dem, sei es privatrechtlich, sei es öffentlichrechtlich Berechtigten gegenüber dem Unrechthandelnden zusteht, völlig zu sondern. Die materiellrechtliche Befugnis eines Privatberechtigten, Störungen der Genußmöglichkeit abzuhalten, oder das ihm Gebührende mittels Klage und Exekution an sich zu nehmen, sowie die materiellrechtliche Befugnis der Staatsorgane, die ihrer Vertretung anheimgegebenen öffentlichen Rechtszwecke zu verwirklichen, dürfen keineswegs als Rechtsfolgen des widerstreitenden unrechtmäßigen Verhaltens angesehen werden. Denn die materiellrechtlichen Befugnisse sind den betreffenden privaten und öffentlichen subjektiven Rechten immanent und entstehen nicht erst infolge einer ihrer Ausübung sich widersetzenden Unrechtshandlung. Die Genußbefugnis der dinglich Berechtigten, die Nehmebefugnisse des Gläubigers oder sonstigen Privatberechtigten, gleichviel in welcher Form sie ausgeübt werden (ob in friedlichem oder streitigem Wege) entspringen dem betreffenden Rechtsverhältnisse. Ebenso inhärieren die materiellrechtlichen Befugnisse der Staatsorgane zu den in ihrer Machtsphäre liegenden Maßnahmen behufs Verwirklichung öffentlichrechtlicher Wohlfahrtszwecke (z. B. zur Gewährung der Rechtshilfe, zur Verwendung des Staatseigentumes, zur Wahrung der staatlichen Interessen rücksichtlich der öffentlichen Verkehrswege und Verkehrsmittel, Bauten, Schulen, Sanitätseinrichtungen usw.) den Rechtsverhältnissen der betreffenden staatlichen Organe und werden nicht erst durch einen ihnen entgegengesetzten Widerstand hervorgerufen. Prozessuale Rechtsfolge des Unrechtes ist auch hier nur das staatliche Recht, die behufs Beseitigung oder Überwindung des Widerstandes erforderlichen Maßnahmen

nach den dafür geltenden prozeßrechtlichen Bestimmungen vorzunehmen.

3. *b)* Die vermögensrechtlichen Folgen des Unrechtes liegen in der Entstehung von Schadenersatzforderungen. Dem durch eine unrechtmäßige Handlungsweise Geschädigten erwächst im Schadenersatzanspruche ein Forderungsrecht, das ein selbständiges rechtliches Dasein führt, nicht anders als die mittels Rechtsgeschäften entstandenen Forderungsrechte. Nur die Entstehung dieses Forderungsrechtes ist Rechtsfolge der unrechtmäßigen Handlung; die Geltendmachung desselben bildet keine Rechtsfolge des Unrechtes, sondern besteht in der Betätigung der dem Ersatzanspruche in gleicher Weise wie jedem anderen vermögensrechtlichen Forderungsrechte innewohnenden Befugnis, dem Vermögen des Schuldners einen Vermögenswert zu entnehmen.

Die in der Entstehung eines Schadenersatzanspruches liegende Unrechtsfolge ist positivrechtlich zumeist nur mit schuldhaftem Unrechte verbunden. Doch hat es von jeher in allen Rechtsordnungen auch Fälle gegeben, in welchen ein unverschuldetes, bloß objektiv unrechtmäßiges Verhalten die Verbindlichkeit zur Leistung des Schadenersatzes an den Geschädigten zur Folge hat. In dieser Richtung scheint in unserer Zeit eine Entwicklung des positiven Rechtes im Sinne eines Einstehens jedes einzelnen für die üblen Folgen seiner Handlungen, auch wenn dieselben nicht vorhersehbar waren, somit keinerlei rechtliches Verschulden involvieren, stattzufinden. Daß diese Entwicklung vielfach bei unverändertem Wortlaute der gesetzlichen Vorschriften vor sich geht, bietet ein lebendes Beispiel für die rechtserzeugende Kraft des positiven Rechtsgefühles des in § 16 dargelegten Sinnes. Während bis vor wenigen Jahrzehnten die allgemeine Rechtsüberzeugung dahinging und demzufolge das positive Recht von dem Grundsatze beherrscht war, daß nur schuldbares Unrecht Verbindlichkeiten

zum Schadenersatze erzeugen könne, hat das immer rascher pulsierende Rechtsleben der Gegenwart ein neues Rechtsgefühl und mittels desselben eine Reihe neuer Rechtsregeln gezeitigt, deren zusammenfassendes Prinzip als „Handeln auf eigene Gefahr“ bezeichnet wurde.[62])

4. *c)* Das staatliche Strafrecht bildet die dritte Art der Unrechtsfolgen. Sein Begriff umfaßt alle Übel, die den Unrechttäter kraft der Rechtsordnung treffen können; sowohl die Erlöschung von ihm bis dahin zugestandenen Rechten, als die Entstehung neuer ihn treffender Verbindlichkeiten. Für unseren Zweck, das Wesen der Strafrechtsfolgen zu bestimmen, genügt es, deren wichtigste Kategorie in Betracht zu ziehen: die den Justizorganen als Vertretern öffentlicher Interessen infolge eines unrechtmäßigen Verhaltens erwachsende Befugnis, dessen Urheber ein Übel zuzufügen und die gegenüberstehende Verbindlichkeit des letzteren, das Übel zu erdulden. Es wäre ungenau und irreführend, die Strafzufügung als Rechtsfolge des Deliktes zu bezeichnen. Denn die Strafzufügung ist ein physischer Vorgang, der einen Bestandteil der Rechtsordnung nur insofern bildet, als er die Ausübung einer rechtlichen Macht der Strafrechtsbehörden ist. Nicht, daß diese Macht ausgeübt, daß der Täter wirklich bestraft wird, sondern daß er straffällig, daß er Objekt eines staatlichen Bestrafungsrechtes wird, ist Rechtsfolge des Deliktes; die auch dann eintritt, wenn aus irgend welchen Gründen die Verhängung oder Ausführung der Strafe unterbleibt und nur dann erlischt, wenn diese schlechthin unmöglich wird. Das staatliche Recht, den Unrechttäter zu bestrafen, entsteht als Rechtsfolge der unrechtmäßigen Handlung in keiner anderen Weise, als irgend ein sonstiges öffentlichrechtliches oder privatrechtliches Verhältnis aus einem Tatbestande hervorgeht. In der Strafrechtsregel: „Wer die Handlung X begeht, wird mit . . . bestraft“, bildet die Handlung

den Tatbestand, d. i. die Bedingung, welche das Strafrechtsverhältnis des Staates zu dem Unrechttäter auslöst, genau so, wie irgend welche sonstigen Tatbestände (Naturvorgänge oder Rechtsgeschäfte) als Geltungsbedingungen positiven Rechtes das Entstehen oder das Erlöschen subjektiver Rechte bedingen. Nicht der in den Rechtsregeln als Bedingung ihrer Geltung enthaltene Tatbestand, nicht das „Wenn“ des regelmäßigen sozialen Verhaltens, sondern dieses selbst bildet die Grundlage des Strafrechtsverhältnisses ebenso wie diejenige aller positivrechtlichen Verhältnisse (§ 18). Derselbe Denkfehler, den man begeht, wenn man dem Vertrage oder der Okkupation an und für sich eine Kraft der Bewirkung eines Rechtsverhältnisses beilegt, unterläuft auch bei der Annahme, daß der natürliche Vorgang einer Handlung oder Unterlassung es sei, welcher das Strafrechtsverhältnis und die in dessen Betätigung erfolgende Strafe hervorbringt. Es ist nicht einmal richtig, zu sagen, daß die unrechtmäßige Handlung oder Unterlassung die Motivation für das dem Strafrechtsverhältnisse zu Grunde liegende rechtlich-soziale Verhalten bilde. Denn Motivation für die Verfolgung eines Zweckes ist die Zweckvorstellung selbst; Bedingung ist bloß eine Tatsache, bei deren Vorkommen die Zweckvorstellung entsteht und besteht. Ebensowenig als die einer Regel des isolierten Lebens anhaftenden Geltungsbedingungen als die Beweggründe des entsprechenden Verhaltens, dürfen die in den Rechtsregeln enthaltenen Geltungsbedingungen als die Beweggründe des rechtlich-sozialen Verhaltens angesehen und behandelt werden. Dieses wird vielmehr durch die den Rechtsgenossen regelmäßig innewohnenden Vorstellungen von sozialen Interessen und durch die aus diesen resultierenden Rechtsquellen, in letzter Reihe durch die positiven Rechtsgefühle, motiviert. Der Ausdruck „Rechtsfolge“ des Unrechtes darf daher im Bereiche des positiven Rechtes nicht in dem Sinne verstanden werden, als ob das unrecht-

mäßige Verhalten einen zureichenden Grund für die Entstehung des Strafrechtsverhältnisses abgäbe. Wenn wir von Rechtsfolgen des Unrechtes sprechen, so ist immer subintellegiert, daß Rechtsregeln in tatsächlicher Geltung stehen, nach welchen sich an den Tatbestand des Unrechtes Motivationen und durch diese bestimmte Arten des rechtlich-sozialen Verhaltens anreihen; und erst dieses regelmäßige soziale Verhalten ist es, welches den Tatbestand des Strafrechtsverhältnisses begründet. Die Beachtung dieses Sachverhaltes ist u. E. für die Feststellung des Zweckes und des Wesens der Strafrechtsverhältnisse und für die Unterscheidung zwischen Strafunrecht und Zivilunrecht von maßgebender Bedeutung. Seine Verkennung muß auf dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft eine ähnliche Unklarheit zur Folge haben, wie die Annahme, daß Verträge an und für sich positivrechtliche Befugnisse und Verbindlichkeiten, positivrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen begründen, auf dem Gebiete der Privatrechtswissenschaft.[63])

§ 36. Der Strafrechtszweck. Strafunrecht und Zivilunrecht.

1. Das Problem des Strafrechtszweckes kann nach dem in § 35 Vorausgeschickten in die Frage gefaßt werden: Welcher Rechtszweck liegt den Rechtsregeln zu Grunde, zufolge deren an den Tatbestand eines unrechtmäßigen Verhaltens die Entstehung des staatlichen Rechtes, den Unrechttäter zu bestrafen, geknüpft ist?

Zwei Lösungen sind möglich.

Die eine erblickt den Strafrechtszweck in der Befriedigung eines von den Rechtsgenossen regelmäßig empfundenen moralischen Bedürfnisses, Übeltaten durch Zufügung von Übeln zu vergelten: Vergeltungsprinzip. Die andere erblickt den Strafrechtszweck in der Befriedigung des Bedürfnisses, alle dem angegriffenen Rechtsgute gleichartigen Rechtsgüter vor künf-

tigen Angriffen zu wahren: Abhaltungsprinzip (Präventionsprinzip).

Keine dieser Lösungsarten darf, solange das Erkenntnisbestreben sich auf das positive Strafrecht beschränkt, in dem Sinn und in der Absicht unternommen werden, die Übereinstimmung desselben mit irgend welchen Rechtsideen darzutun, zu zeigen, daß Bestrafung des Urhebers einer Übeltat (sei es um der Vergeltung, sei es um der Abhaltung willen) ein Rechtssatz sei, dessen tatsächliche Geltung als Rechtsregel irgend welchen idealen Anforderungen (der Religion, der Moral, der Politik usw.) entsprechen würde. Es wurde schon in § 7 gezeigt, daß derartige Untersuchungen und Beweisführungen nicht in eine Lehre vom positiven Rechte, sondern in die Lehren von dem, was Rechtens sein sollte, gehören. Dies gilt von den strafrechtlichen genau so wie von den privatrechtlichen, verfassungsrechtlichen oder sonstigen öffentlichrechtlichen Institutionen. „Strafrechtstheorien" in diesem Sinne mögen dazu dienen, das moralische Gewissen rücksichtlich der positiv geltenden Strafrechtsregeln zu beruhigen, sie dienen aber — wenigstens unmittelbar — nicht zur Erklärung des Wesens derselben. So nützlich für die Entwicklung des positiven Rechtes durch Aufklärung und Veredlung des positiven Rechtsgefühles Erörterungen sind, welche die Rechtsregeln und die durch dieselben begründeten Rechtsverhältnisse nach irgend welchen, außerhalb ihrer gelegenen Wertmaßstäben, sei es der Moral oder eines sonstigen Zweiges geistiger Kultur, sei es der Volkswirtschaft, einer Kritik unterziehen: die Erkenntnis des tatsächlichen Rechtslebens und der dasselbe tatsächlich hervorbringenden und bestimmenden Faktoren vermögen sie nur als Hilfswissenschaften zu fördern. Strafrechtstheorien, welche sich mit der Erforschung idealer Rechtssätze befassen, führen nicht zu einer theoretischen Erkenntnis, sondern zu einer praktischen Bewertung des Strafrechtes nach irgend

einem idealen Maßstabe und zur Kunst, gute Gesetze zu entwerfen. Wer das tatsächlich geltende Strafrecht erklären will, hat es mit solchen Idealtheorien nicht zu tun; ja deren Hereinziehung ist geeignet, ihn bei seiner wahren Aufgabe zu beirren. Diese besteht darin, die realen Zweckvorstellungen zu erforschen und bloßzulegen, welche dem positiven Strafrechte zu Grunde liegen, d. h. welche das positive Rechtsgefühl der Rechtsgenossen, sei es unmittelbar sachlich, sei es mittelbar beim Gehorsam gegen die gesetzlichen Vorschriften, bestimmen. Für die Erfüllung dieser Aufgabe sind die historisch gegebenen Motivationen des positiven Rechtes, die im Wege äußerer und innerer Erfahrung, immer aber nur erfahrungsmäßig, erkennbar sind, maßgebend.

Es kann nun kaum bestritten werden, daß die Strafrechtsregeln aller uns bisher historisch gegebenen Rechtsordnungen zum großen Teile von dem Triebe, Übles mit Üblem zu vergelten, und von der Meinung, daß dieser Trieb einem moralischen Gebote entspreche, bestimmt waren und bestimmt sind. Dieses Motiv mag in verschiedenen Rechtsgebieten verschiedene Gestalten und verschiedene Intensitäten haben. Sein allgemeines Wesen besteht überall in der Vorstellung, daß die Strafe den retrospektiven Charakter einer Sühne, eines ethischen Ersatzes für ein begangenes Übel habe und als bloße Vergeltung ein moralisches Bedürfnis befriedige. Wenn wir Rachebedürfnisse auch im isolierten Leben der Menschen als regelmäßige Erscheinungen konstatieren müssen, wenn wir uns vergegenwärtigen, daß alle Religionen göttliche Rache verkünden, und daß viele der erlesensten, für die Volksanschauungen einflußreichsten Denker und Dichter der Überzeugung, die Vergeltung sei sittliche Anforderung, beredten wissenschaftlichen und künstlerischen Ausdruck gegeben haben, so werden wir sicherlich anerkennen müssen, das dasselbe psychische Motiv die weitaus meisten Menschen auch in ihrer Eigenschaft

als Rechtsgenossen bisher erfüllt hat und in voraussehbarer Zukunft erfüllen wird, daß es daher, wenn auch nicht ausschließlich, so doch in sehr weitem Umfange, im rechtlich-sozialen Zusammenleben wirksam ist, d. h. das positive Rechtsgefühl tatsächlich beeinflußt.

Aber diese Motivation der Strafrechtsregeln ist nicht die einzige. Äußere und innere Erfahrung belehrt uns darüber, daß die Rechtsstrafen, mögen sie nun zugleich einer Vergeltungstendenz Rechnung tragen oder nicht, auch durch die Absicht, gesellschaftliche Güter vor künftigen Angriffen zu wahren, motiviert sind. In allen bisher bekannten Rechtsgesellschaften herrschte und herrscht zweifellos die Überzeugung, daß eine positive Rechtsordnung, die regelmäßige Verfolgung gesellschaftlicher Zwecke, ohne Strafrecht nicht bestehen kann, daß also Strafrechtsregeln als Mittel für den obersten Rechtszweck der Selbstbehauptung der Rechtsgesellschaft gegenüber feindlichen isolierten Zweckbetätigungen unumgänglich sind. Eine von allen außerhalb des positiven Rechtes liegenden Vorurteilen freie empirische Betrachtung ergibt somit, daß die historisch gegebenen positiven Strafrechte auf zwei nebeneinander bestehenden Motivationen beruhen: einerseits auf dem von den Rechtsgenossen empfundenen moralischen Bedürfnis, das vom Delikt verursachte Übel am Täter zu rächen; andererseits auf dem Bedürfnisse, jene Gattung rechtlicher Interessen, deren Betätigung in einem konkreten Falle durch das Delikt gehemmt oder vereitelt wurde, mittels des psychologischen Zwanges der Furcht vor Strafe vor künftigen Angriffen zu sichern.[64])

2. Zwischen den Wirksamkeiten der gedachten zwei Motivationen obwaltet aber ein weittragender Unterschied. Der Vergeltungstrieb entspringt der Empfindung eines moralischen Bedürfnisses und bezieht sich nur auf jene unrechtmäßigen Handlungen oder Unterlassungen, die zugleich als moralwidrige

angesehen werden. Was die Rechtsgenossen veranlaßt, Sühne zu heischen, ist ihre moralische Entrüstung, die nur dort Anwendung findet, wo die Verletzung eines Rechtsgebotes zugleich die Verletzung eines Moralgebotes ist. Überall, wo eine solche Zusammenstimmung der Rechtsnorm mit einer moralischen Norm mangelt, wo ein dem positiven Rechte zuwiderlaufendes Verhalten nicht zugleich auch moralwidrig ist, besteht kein Vergeltungsbedürfnis; und wo moralische Mißbilligung stattfindet, ist sie es, nicht aber die Beurteilung der Handlung oder Unterlassung als einer positiv unrechtmäßigen, welche Sühne für die Übeltat fordert. Wohl tragen bei dem genetischen Zusammenhange, der zwischen positivem Recht und positiver Moral besteht, die meisten schuldhaften Rechtswidrigkeiten auch den Charakter einer Verletzung moralischer Gefühle und Anforderungen an sich. Da aber das positive Recht auch aus anderen Motivationen als moralischen hervorgeht, so findet jene Verbindung des moralischen mit dem rechtlichen nicht durchwegs statt. Es gibt Rechtsregeln, welche keinem moralischen Zwecke, sondern gesellschaftlichen Bedürfnissen anderer Art (wirklichen oder auch nur vermeintlichen Interessen äußerer Ordnung, volkswirtschaftlichen oder politischen Interessen) dienen, deren Anwendung im einzelnen Falle daher mit moralischen Grundsätzen nichts zu tun hat, ja denselben sogar widerstreiten kann. Ein naheliegendes Beispiel sind die Regeln des Vermögensrechtes, insofern sie maßlosen Reichtum des einen neben äußerster Bedürftigkeit anderer ermöglichen. Wer einem reichen Verschwender einen geringen Vermögenswert heimlich entzöge, nur um damit das Elend eines Armen etwas zu mildern, unterläge einer Kerkerstrafe; sicherlich aber nicht aus dem Grunde, weil dadurch einer moralischen Entrüstung über seine Handlungsweise Genüge geleistet würde. Ebensowenig wird moralischer Vergeltungstrieb als Motiv jener Strafe gelten können,

welche jemand dafür erleidet, daß er ein Kind, um es vor sicherem Verderben zu retten, eigenmächtig der Gewalt eines trunksüchtigen oder moralisch verkommenen Vaters entzieht; oder dafür, daß er aus ehrlicher sittlicher Überzeugung ein politisches Delikt verübt; oder dafür, daß er aus moralischem oder religiösem Pflichtgefühl einer behördlichen Anordnung den Gehorsam verweigert usw. In allen derartigen Fällen findet eine Kollision statt zwischen der ethischen Pflicht, welche die Beobachtung der Rechtsordnung heischt und einer anderen, dem Menschen, nicht dem Rechtsgenossen, obliegenden Pflicht. Wenn die letztere überwiegt, so kann von einem moralischen Bedürfnisse, die Übertretung der ersteren zu bestrafen, nicht die Rede sein; die gleichwohl eintretende Strafe des positiven Rechtes kann sodann nur auf der zweiten Motivation, auf dem Abhaltungsprinzip beruhen. Auf gleiche Weise ergibt sich nun aber, daß das Vergeltungsprinzip auch bei jenen Delikten, welche neben ihrer positiven Unrechtmäßigkeit moralwidrig sind, nur *insofern, als dies der Fall ist*, den Rechtsregeln zu Grunde liegt. Die moralische Befriedigung über die Bestrafung des Mörders oder Betrügers wird nicht deshalb empfunden, weil Mord und Betrug gegen die *positive Rechtsregel* verstoßen, sondern deshalb, weil und insofern als sie einer (wenn auch zugleich eine positive Rechtsregel motivierend bestimmenden) *moralischen Anschauung* widerstreitet.

Abhaltung künftigen Unrechtes hingegen ist *eine allen Strafrechtsregeln* gleichmäßig innewohnende, somit die das *Wesen des staatlichen Strafrechtes allgemein bestimmende Zweckvorstellung*. Jedes unrechtmäßige Verhalten ist die Negation eines rechtmäßigen Verhaltens; andrerseits ist Abhaltung von künftigem Unrechte dessen Negation. Da nun eine doppelte Negation gleichbedeutend ist mit einer Position, so ist der auf Abhaltung eines unrechtmäßigen Verhaltens gerichtete Strafzwang zugleich auf künftiges recht-

mäßiges Verhalten gerichtet. Der Gegensatz zwischen kompulsivem und propulsivem Zwange im positiven Rechte ist nur ein relativer, und kann nicht zur Erklärung des strafrechtlichen Zwanges verwendet werden. Denn jede Kompulsion zu rechtmäßiger Handlung oder Unterlassung ist notwendigerweise zugleich Propulsion einer unrechtmäßigen Unterlassung, beziehungsweise Handlung; und umgekehrt, jede Propulsion eines unrechtmäßigen ist zugleich Kompulsion zu dem entsprechenden rechtmäßigen Verhalten. Der Gegensatz zwischen Strafzwang und anderem Zwang im Rechte geht vielmehr dahin, daß jener die unbestimmte Reihe aller in Fällen einer gewissen Art zu beobachtenden Verhaltungsweisen betrifft, während der individuelle Zwang auf ein von einer bestimmten Person in einem gegebenen konkreten Falle zu beobachtendes Verhalten gerichtet ist. Dort wie hier wirkt der Zwang kompulsiv in Ansehung der Rechtmäßigkeit, propulsiv in Ansehung der Unrechtmäßigkeit. Derselbe Strafrechtszweck, der negativ lautet: „Abhaltung aller Rechtsgenossen von künftigem unrechtmäßigen Verhalten", lautet positiv: „Anhaltung der Rechtsgenossen zu künftigem rechtmäßigen Verhalten". Der potentielle Erfolg ist, möge er nun in seiner negativen oder in seiner positiven Formulierung vorgestellt werden, ein und derselbe: die Betätigung des öffentlichen, allen Rechtsgenossen gemeinschaftlichen Interesses an der möglichsten Sicherheit in der Geltung der Rechtsregeln. Dieses soziale Interesse ist somit von den konkreten Interessen, welche den unmittelbaren Gegenstand des Angriffes im Delikte bilden, zu unterscheiden. Sein Inhalt ist die Selbstbehauptung der Gesellschaft, die Rechtsordnung oder Rechtssicherheit selbst. Es wird dadurch zu einem rechtlichen erhoben und kann gar nicht anders zu einem rechtlichen Interesse erhoben werden als dadurch, daß rechtliche Machten bestehen, welche mittels regelmäßiger Bestrafung unrechtmäßigen Verhaltens auf die

Rechtsgenossen einen psychologischen Zwang zu rechtmäßigem Verhalten ausüben. Subjekt dieser strafrechtlichen Machten sind die Strafbehörden, das von ihnen gewährleistete Interesse an dem künftigen (dem Delikte und seiner Bestrafung nachfolgenden) rechtmäßigen Verhalten der Rechtsgenossen hingegen ist ein solches der staatlichen Interessengemeinschaft. Es liegt also, wie rücksichtlich aller öffentlichrechtlichen Interessen, so auch rücksichtlich der strafrechtlichen Interessen eine Teilung der Interessensubjektivität und der Machtsubjektivität vor. Obwohl im Sinne der in den §§ 20—22 enthaltenen Darlegungen nur beide Subjektivitäten zusammengenommen den Begriff und das Wesen der vollen Rechtssubjektivität ergeben, so dürfen wir doch — in Befolgung des eben dort erörterten Sprachgebrauches — jene strafrechtliche Macht dem Staate zuschreiben und demgemäß von einem subjektiven Strafrechte des Staates sprechen; wenn wir uns nur gegenwärtig halten, daß der „Staat" weder Willens- noch Machtsubjekt ist, und daß in Wahrheit die staatlichen Organe jene Willensträger sind, die mit den zur Wahrung der staatlichen Interessen erforderlichen Machten oder Befugnissen ausgestattet sind. Daß diesen Willensträgern zugleich Rechtsverbindlichkeiten, welche ihren Befugnissen kongruent sind, obliegen, folgt aus ihrer Organstellung.

Wenn nach dem Gesagten das dem Strafrechte innewohnende rechtliche Interesse in der Sicherung eines rechtmäßigen, d. i. einer bestimmten Regel entsprechenden Verhaltens aller Rechtsgenossen liegt, so ist die Bestrafung des einzelnen Delinquenten bloß das unerwünschte, aber unumgängliche Mittel zur Realisierung dieses Interesses. Ebenso wie jede menschliche Willensbetätigung wird auch jedes dieselbe begleitende Machtverhältnis durch den Endzweck, nicht aber durch die Mittelzwecke charakterisiert. Wir bezeichnen zum Beispiel als Inhalt des Eigentumsrechtes die rechtlich-

soziale Möglichkeit, das Eigentumsobjekt zu genießen; wenn hiezu eine gänzliche oder teilweise Zerstörung des Objektes oder einzelner Eigenschaften desselben erforderlich ist, so bleiben die bezüglichen Handlungen, obgleich auch sie als Mittel von der Willensbetätigung, beziehungsweise von der diese unterstützenden rechtlichen Macht, mitergriffen sind, außer Betracht. Das Eigentumsrecht ist nicht eine dem Eigentümer verliehene soziale Macht, das Eigentumsobjekt zu zerstören, sondern eine Macht, es zu genießen. In gleicher Weise sind die rechtlichen Machten und rechtlichen Verbindlichkeiten der Strafjustiz nicht darauf gerichtet und nicht dadurch determiniert, daß der Delinquent gepeinigt werde, sondern darauf gerichtet, und dadurch charakterisiert, daß die Rechtsgenossen zu einem bestimmten Verhalten veranlaßt werden. Die wahren Machtobjekte des staatlichen Straf- oder Abhaltungsrechtes sind nicht bloß die Delinquenten selbst, sondern auch alle anderen Rechtsgenossen, welche dem von der regelmäßigen Bestrafung ausgehenden psychologischen Zwange ausgesetzt sind. Sie alle unterliegen kraft dieses psychologischen Zwanges einer sozialen Beschränkung ihrer natürlichen Macht, welche eine selbständige Rechtsverbindlichkeit darstellt, eine Verbindlichkeit, dasjenige zu unterlassen, wovon die Strafrechtsregel sie abzuhalten und dasjenige zu tun, wozu die Strafrechtsregeln sie anzuhalten bezwecken. Diese Rechtsverbindlichkeiten sind, wie alle anderen, von der Rechtspflicht begleitet, sich ihnen aus eigenem freien Entschlusse, durch Selbstbestimmung des Wollens, zu fügen.

Jede Strafrechtsregel begründet daher:

auf der einen Seite ein subjektives staatliches Recht, die Rechtsgenossen von der Begehung bestimmter Handlungen oder Unterlassungen abzuhalten, beziehungsweise zu bestimmten Unterlassungen oder Handlungen anzuhalten;

auf der anderen Seite die korrespondierenden Verbindlichkeiten aller Rechtsgenossen und die sekundär aus diesen Verbindlichkeiten für alle der Selbstbestimmung fähigen Rechtsgenossen fließenden Pflichten, sich der verpönten Handlungen oder Unterlassungen zu enthalten.

3. Die Handlungen oder Unterlassungen, welche durch die Strafrechtsregeln abgehalten werden, müssen nicht gerade notwendigerweise Angriffe auf anderweitig, d. h. abgesehen von den Strafrechtsregeln selbst, bereits gewährleistete rechtliche Interessen oder subjektive Rechte sein. Und wenn die den Strafrechtsregeln unterliegenden Handlungen oder Unterlassungen, auch abgesehen vom Strafrechte, unrechtmäßig sind, so trifft sie infolge der Strafrechtsregeln eine zweite Qualifikation der Unrechtmäßigkeit insofern, als sie eine Verletzung der selbständigen, in den Strafrechtsregeln begründeten rechtlichen Beschränkung ihrer natürlichen Macht involvieren. Eine Handlung oder Unterlassung, welche den Strafrechtsregeln zuwiderläuft, ist als solche unrechtmäßig, weil sie das staatliche Recht, derartige Handlungen oder Unterlassungen mittels des psychologischen Strafzwanges abzuhalten und das mittels dieses Rechtes gewährleistete soziale Interesse an deren Vermeidung angreift; und zwar ganz unabhängig davon, ob sie zu jenen Verhaltungsarten gehört, die zugleich eine sonstige rechtliche Macht, d. i. ein sonstiges subjektives Recht verletzen oder nicht. Einige Beispiele mögen dies erläutern.

Raub, Diebstahl, Betrug verletzen bestimmte, konkret bestehende Vermögensrechte und bilden insofern einen Unrechtstatbestand, der teils ein Recht zur prozessualen Geltendmachung des angegriffenen Vermögensrechtes, teils die Entstehung von Schadenersatzansprüchen zur Folge hat. Hievon abgesehen aber widerstreiten sie überdies dem öffentlichen, allen Rechtsgenossen gemeinschaftlichen Interesse an der Sicherheit der vermögensrechtlichen Ordnung und dem zur

Wahrung dieses öffentlichen Interesses bestehenden staatlichen Strafrechte. Sie involvieren die Tatsache, daß diese einschlägigen Strafrechtsregeln und die aus ihnen resultierenden staatlichen Machten, Raub, Diebstahl, Betrug, abzuhalten, im gegebenen Falle unwirksam waren, daß ihre tatsächliche Geltung im gegebenen Falle verhindert wurde. Sie tragen daher — außer ihrer Eigenschaft als Verletzung des konkreten subjektiven Vermögensrechtes — auch noch den Charakter einer Bekämpfung und (bei ausgeführtem Verbrechen) Besiegung dieser strafrechtlichen Macht an sich. Sie sind nicht bloß insofern unrechtmäßig, als sie das subjektive Recht des betroffenen Vermögenssubjektes hemmen oder aufheben, sondern überdies noch insofern, als sie der strafrechtlichen Macht der Staatsorgane und dem von dieser gewährleisteten öffentlichen Interesse an der Sicherheit der vermögensrechtlichen Ordnung zuwiderlaufen. Das öffentliche Interesse an der Sicherheit der vermögensrechtlichen Ordnung besteht freilich auch, wenn es keiner besonderen rechtlichen Macht teilhaftig ist; zum rechtlichen Interesse aber wird es nur dadurch und nur insofern erhoben, als Rechtsregeln, und auf Grund der Rechtsregeln rechtliche Machten, vorhanden sind, welche er mittels der an eine Beeinträchtigung der Rechtssicherheit geknüpften strafrechtlichen Folgen gewährleisten. Daher steht jeder Raub, jeder Diebstahl, jeder Betrug (abgesehen von seiner Qualifikation als Verletzung eines vermögensrechtlichen Interesses und einer vermögensrechtlichen Macht) mit einem rechtlich-sozialen Interesse an der Rechtssicherheit und mit einem diesem Interesse gewidmeten subjektiven staatlichen Straf- oder Abhaltungsrechte in einem Widerstreite, der sie als eine in dieser Relation unrechtmäßige Handlung oder Unterlassung qualifiziert.

In gleicher Weise greifen rücksichtlich zahlreicher anderer sozialer Interessen zweifache rechtliche Machten und dementsprechend zweifache Arten von Unrechtmäßigkeiten bei deren

Schädigung Platz. Neben dem Rechte des Familienvaters, Kinder und Gattin in seiner Obhut zu halten, gilt rücksichtlich der Entführung ein staatliches Strafrecht. Die Polizeibehörden dürfen Störungen des Verkehres mittels Brachialgewalt verhindern oder beseitigen; unabhängig davon unterliegen unter besonderen Umständen derartige Störungen einem polizeilichen Strafrechte. Gewerbe-, Sanitäts-, Schul-, Bau-, Finanzbehörden realisieren die ihrer Obsorge anheimgegebenen öffentlichen Interessen und haben zugleich in gewissen Fällen das Recht, Widersetzlichkeiten, denen sie begegnen, zu bestrafen. Alle diese Strafbefugnisse, gleichviel ob sie den Gerichten oder sonstigen Behörden zustehen, treten aus Anlaß der Verletzung eines außerhalb ihrer bestehenden subjektiven Rechtes ein und bezwecken, künftige ähnliche Rechtsverletzungen hintanzuhalten, somit in diesem Belange die Sicherheit der Rechtsordnung zu erhöhen.

Es gibt aber auch zahlreiche öffentliche Interessen, welche bloß durch strafrechtliche Machten gewährleistet sind. So geartet sind insbesondere manche öffentliche Interessen an der Verbreitung moralischer, religiöser, patriotischer Gesinnungen, an einem guten Gesundheitszustande der Bevölkerung u. a. m. Sie werden ausschließlich dadurch zu rechtlichen Interessen erhoben, daß ihre Beeinträchtigungen (z. B. durch öffentliche Unsittlichkeiten, Gotteslästerung, Herabwürdigung staatlicher Einrichtungen, Gefährdungen des öffentlichen Gesundheitszustandes usw.) regelmäßig bestraft, und daß die Rechtsgenossen infolgedessen von solchen Interessenschädigungen regelmäßig abgehalten werden. In Ermanglung der Gewährleistung durch die Strafjustiz wären sie keine rechtlichen Interessen, weil sie keinen Inhalt eines anderweitigen, neben dem staatlichen Strafrechte bestehenden subjektiven Rechtes bilden. Sie sind so geartet, daß ihre Realisierung durch keine rechtliche Macht, als eben durch die strafrechtliche, ge-

währleistet werden kann. Hieraus folgt aber keineswegs, daß sie — wie vielfach gelehrt wird — nur den Inhalt von Rechtsverbindlichkeiten und nicht zugleich den Inhalt von Rechtsbefugnissen bilden. Da nach unserer, in § 6, Z. 8—10, dargelegten Auffassung keine soziale Beschränkung natürlicher Machten, d. h. keine Rechtsverbindlichkeit stattfinden kann, ohne eine korrespondierende soziale Macht, d. h. ohne eine Rechtsbefugnis, so muß auch den durch die Strafrechtsregeln begründeten Verbindlichkeiten ein subjektives Recht gegenüberstehen. In der Tat besteht ein solches in dem staatlichen Rechte, die betreffenden sozialen Interessen durch Abhaltung der sie beeinträchtigenden Handlungen oder Unterlassungen zu sichern. Dieses staatliche Recht ist verletzt, der Abhaltungserfolg ist im gegebenen Falle gehemmt oder unmöglich gemacht, sobald eine jener Handlungen oder Unterlassungen stattfindet, deren Abhaltung einen Strafrechtszweck bildet.[65])

4. Die Normentheorien verfolgen einen ähnlichen Gedanken, wenn sie behaupten, daß bei jeder Strafrechtsregel ein unausgesprochener Befehl des Gesetzgebers, welcher die strafbare Handlung oder Unterlassung verbietet, subintellegiert werden müsse. Abgesehen jedoch davon, daß ein Befehl ohne Enunziation gar nicht gedacht werden kann, ist die Dazwischenschiebung eines persönlichen gesetzgeberischen Willens auch hier eine überflüssige Fiktion. Die Strafrechtsregeln selbst sind es, welche als tatsächlich geltende für jeden Rechtsgenossen eine Beschränkung seiner natürlichen Macht in sich schließen, indem sie ihn mittels des von ihnen ausgehenden psychologischen Zwanges zu einem ihren Zwecken entsprechenden Verhalten veranlassen; und der ethische Wert der Rechtsordnung ist es auch hier, welcher die Selbstbestimmung im Sinne der Einhaltung dieser Machtbeschränkung zu einer Rechtspflicht (im ethischen Sinne dieses Wortes) aller der Selbstbestimmung fähigen Rechtsgenossen gestaltet. Erst von diesem

Gesichtspunkte aus betrachtet erlangt der Rechtssatz: „nulla poena sine lege poenali“ seine theoretische Erklärung. Dieser Satz hat einen zweifachen Sinn. Im ersten engeren Sinne enthält er die gesetzliche, an die Gerichte ergehende Vorschrift, Strafen nur dann zu verhängen, wenn sie auf die Rechtsquelle gesetzlicher Vorschriften zurückgeführt werden können, somit auf Rechtsgewohnheiten und Rechtsgefühl keine Rücksicht zu nehmen. Es wurde bereits in § 15, Z. 6, gezeigt, daß eine derartige gesetzliche Bestimmung die Bildung von Rechtsregeln durch Rechtsgewohnheit und Rechtsgefühl wohl erschwert, nicht aber ausschließt, weil sie einen solchen Ausschluß zu bewerkstelligen schlechterdings nicht im Stande ist. Der Satz: „nulla poena sine lege poenali“ hat aber auch einen zweiten weiteren Sinn, nämlich den, daß jede Rechtsstrafe eine Strafrechtsregel voraussetzt. So aufgefaßt, hat der Satz nicht bloß die Bedeutung, daß es unmoralisch ist, jemanden für eine Handlung zu bestrafen, ohne daß ihm vorher die Strafe angedroht gewesen wäre. Dies ist keine Regel positiven Rechtes, sondern ein Moralgebot. Als theoretisches Prinzip des positiven Rechtes kann der Satz nur bedeuten, daß eine Strafe, welche die Grundlage einer (sei es aus Rechtsgesetzen, sei es aus Rechtsgewohnheit, sei es aus positivem Rechtsgefühle herrührenden) Strafrechtsregel entbehren würde, überhaupt keine Rechtsstrafe wäre, sondern eine isolierte Handlung, die möglicherweise als eine moralisch erlaubte oder gebotene, durchaus aber nicht als eine positivrechtliche qualifiziert werden könnte. Die positivrechtliche Bedeutung einer unrechtmäßiges Verhalten verhindernden oder rechtmäßiges Verhalten fördernden Maßregel hat eine Strafe nur dann, wenn sie in Betätigung einer Rechtsregel und einer kraft einer Rechtsregel bestehenden strafrechtlichen Macht stattfindet. Hiezu genügt aber keineswegs, daß sie durch eine gesetzliche Vorschrift angeordnet wird. Die gesetzliche Vorschrift ist hier wie überall bloß Aufstellung

eines Rechtssatzes, der erst auf Grund einer Gehorsamsregel zur tatsächlichen Geltung als Inhalt einer Rechtsregel gelangt. Auch im Strafrechte weichen die tatsächlich geltenden Regeln von dem Sinne, oder doch von dem ursprünglichen Sinne, der gesetzlichen Vorschriften oft genug ab. Reale Strafdrohungen und reale Erhöhungen der Rechtssicherheit durch diese kommen nur durch die tatsächliche Geltung der Strafrechtsregeln und durch die aus denselben resultierenden Befugnisse und Verbindlichkeiten der Strafbehörden zu stande.

5. Auf gleichem Wege ist die theoretische Bedeutung des Satzes: „Die Strafrechtsregel macht eine Handlung (oder Unterlassung) zum Delikte“ festzustellen. Sie steht im Zusammenhange mit der Unterscheidung zwischen dem strafbaren und dem nicht strafbaren, zwischen Strafunrecht und Zivilunrecht. Ebensowenig als — nach dem oben, Z. 1 und 2 Gesagten — zur theoretischen Erkenntnis des positiven Strafrechtszweckes eine Untersuchung geeignet ist, welche sich zur Aufgabe stellt, die Übereinstimmung des Strafrechtes mit irgend welchen idealen Rechtssätzen zu erweisen, kann der positivrechtliche Begriff des Strafunrechtes im Gegensatze zum Zivilunrecht auf Grund irgend welcher idealer Vernunftpostulate, nach welchen gewisse Verhaltungsweisen strafwürdig und andere Verhaltungsweisen nicht strafwürdig wären, so daß die Einreihung der Handlungsweisen unter die eine oder andere Kategorie unabhängig von den tatsächlich geltenden Rechtsregeln stattfände, gewonnen werden. Auf diesem Wege käme man notwendigerweise zur Supposition eines „positivrechtlich nicht strafbaren Strafunrechtes“ und eines „positivrechtlich strafbaren Zivilunrechtes“, eine Konsequenz, die zur Genüge die Ungangbarkeit des Weges an den Tag legt. Andrerseits wird dem wissenschaftlichen Bedürfnisse auch dann nicht Genüge geleistet, wenn man sich damit bescheidet, zu sagen: Strafunrecht ist jenes Unrecht, das bestraft wird,

Zivilunrecht ist jenes Unrecht, das nicht bestraft wird. Diese Sätze sind bloße Nominaldefinitionen, die überdies einer doppelten Ergänzung bedürften; einmal durch den Beisatz: „nach den geltenden Rechtsregeln“, sodann durch die Rücksichtnahme auf jene Handlungsweisen, welche zugleich ein Strafunrecht und ein Zivilunrecht enthalten. Die Nominaldefinition müßte vielmehr lauten: Strafunrecht ist eine unrechtmäßige Handlungsweise, insofern als sie nach den geltenden Rechtsregeln Strafbarkeit zur Folge hat; Zivilunrecht ist eine unrechtmäßige Handlungsweise, insofern als sie nach den geltenden Rechtsregeln keine Strafbarkeit zur Folge hat. Um aber die tatsächlichen Rechtsregeln zu begreifen, müssen wir in ihren Sinn, d. h. in die ihnen zu Grunde liegenden realen Motivationen und in die ihnen inhärierenden positiven Zwecke eindringen. Haben wir, dieser Tendenz folgend, das staatliche Strafrecht als die den Justizbehörden zustehende rechtliche Macht, bestimmte Kategorien sozialer Wohlfahrtsinteressen mittels des von den regelmäßigen Bestrafungen ausgehenden psychologischen Zwanges zu sichern, erkannt, so werden uns folgerecht als strafbares Unrecht jene Handlungen und Unterlassungen erscheinen, deren Zweck eben jenem strafrechtlich gewährleisteten Sicherungszwecke und den in Ansehung desselben bestehenden rechtlichen Machten oder subjektiven Rechten des Staates entgegengesetzt sind. Da nun diese Sicherungszwecke und strafrechtlichen Machten davon unabhängig sind, ob rücksichtlich der ihnen unterliegenden sozialen Interessen noch andere rechtliche Machten bestehen, so kann ein Verhalten das Prädikat „strafbares Unrecht“ nur in Beziehung auf jenen selbständigen Strafrechtszweck und auf das ihm dienende subjektive Strafrecht erhalten; von jeder Beziehung auf einen anderen Rechtszweck und auf ein anderes subjektives Recht

muß bei der Qualifizierung einer Handlung oder Unterlassung als Strafunrecht völlig abgesehen werden. Wären beispielsweise in irgend einem Rechtsgebiete bestimmte Arten des Betruges nicht strafbar, so müßten sie darum nicht aufhören, unrechtmäßig zu sein. Nur wäre sodann ihre Unrechtmäßigkeit keine strafrechtliche, sie wäre, ebenso wie unrechtmäßiger und bösgläubiger Besitz in unserer dermaligen Rechtsordnung, bloß eine Verletzung vermögensrechtlicher Interessen und vermögensrechtlicher Machten. Erst dadurch, daß Betrugshandlungen die Rechtsfolge der Strafbarkeit ihrer Urheber mit sich führen, gerät jede einzelne Betrugshandlung in einen Widerstreit mit dem der Strafbarkeit innewohnenden Rechtszwecke und der diesem dienenden staatlichen Macht, und erlangt dadurch jene zweite Unrechtmäßigkeit, welche Strafunrecht heißt. Wie jedes Unrecht, enthält auch das Strafunrecht einen dreifachen Widerstreit: gegen die Strafrechtsregeln, gegen den Strafrechtszweck und gegen die strafrechtliche staatliche Macht. Wir können demnach eine Realdefinition aufstellen, lautend:

Strafunrecht sind jene Handlungen oder Unterlassungen, welche eine Strafrechtsregel und damit zugleich den dieser innewohnenden Zweck und die durch sie begründete staatliche Macht zur Abhaltung einer bestimmten Art von Schädigungen sozialer Interessen (durch Herbeiführung einer solchen Schädigung) verletzen.[66])

6. Da die menschlichen Willensbetätigungen bei ihrer Qualifikation als positiv unrechtmäßige weder nach ihrer Stellung im Kausalzusammenhange der Natur, noch nach ihrer moralischen Beurteilung, sondern ausschließlich nach ihrer Beziehung zu den Rechtsregeln, Rechtszwecken und rechtlichen Machtverhältnissen in Betracht kommen, so kann eine Beantwortung der Frage, welche Arten von Handlungen und Unterlassungen ein positives Strafunrecht involvieren, aus-

schließlich nur auf Grund des maßgebenden positiven Rechtes erfolgen. Aus dem Zwecke und dem Wesen des Strafrechtes läßt sich bloß eine formale Begrenzung seines Anwendungsgebietes insofern ableiten, als die Strafrechtsfolge bei solchen Schädigungen sozialer Interessen zwecklos ist, welche ihrer Natur nach mittels psychologischen Zwanges nicht oder doch der Regel nach nicht abgehalten werden. Auch diese Begrenzung gestattet keinen sicheren Rückschluß auf das positive Strafrecht, einesteils, weil der strafrechtliche Präventionszweck nicht überall adäquat erfaßt wird, andernteils, weil neben demselben vielfach auch das Vergeltungsbedürfnis (sei es als moralisches Prinzip, sei es als Racheinstinkt) die Bildung von Strafrechtsregeln veranlaßt. Nur mit diesem Vorbehalte können aus dem Strafrechtszwecke Begrenzungen des Strafunrechtes abgeleitet werden.

Strafrechtsregeln können nur denjenigen veranlassen, sich einer unter sie subsumierbaren Handlungsweise zu enthalten, der sich dieser Subsumierbarkeit bewußt ist, oder doch nach Lage des Falles bewußt werden kann. Wenn der Urheber weder weiß, noch vermutet, daß eine von ihm ins Auge gefaßte Handlung oder Unterlassung unter Strafrechtsregeln fällt, so ist eine von diesen ausgehende Motivation seines Verhaltens nicht möglich. Hieraus folgt allerdings noch nicht, daß nach positivem Rechte bloß schuldhaftes Unrecht bestraft, schuldloses Unrecht nicht bestraft wird. Geschichtliche Erfahrungen lehren, daß in Gebieten und Zeitaltern primitiver Rechtskultur auch das bloß objektive, jeden Verschuldens entbehrende Unrecht vielfach eine Bestrafung seines Urhebers zur Folge hat. Abgesehen von anderen, neben dem Abhaltungszweck einhergehenden Motiven oder Instinkten, spielt hiebei die irrige Vorstellung mit, daß die regelmäßige Abhaltung unrechtmäßigen Verhaltens umso allgemeiner, die Rechtssicherheit umso größer sei, je allgemeiner und strenger

Unrechtmäßigkeit und Strafe miteinander verknüpft sind. Gelten doch auch im modernen Strafrechte vielfach bloße Erfolgstrafen, insbesondere in der Richtung, daß völlig unverschuldete Erfolge bei der Bestimmung des Strafausmaßes strafrechtlich berücksichtigt werden. Wenn zum Beispiel die Strafe für eine in momentanem Affekte verübte körperliche Beschädigung, die den Tod des Angegriffenen zur Folge hatte, eine viel schwerere ist, als die Strafe für eine gleichartige Beschädigung, welche nur eine kurze Gesundheitsstörung verursachte, trotzdem bei jener der Erfolg schlechthin nicht vorausgesehen werden konnte, bei dieser der Erfolg hinter der bösen Absicht zurückblieb, so sind solche positivrechtlich geltende Erfolgstrafen kaum etwas anderes, als atavistische Reste ursprünglicher natürlicher Racheinstinkte. Denn sie lassen sich weder aus einem moralischen Vergeltungsprinzip, noch aus dem Präventionsprinzip rationell erklären. Sie werden denn auch mit fortschreitender psychologischer Einsicht immer mehr verschwinden. Diese führt überall zur Überzeugung, daß die Bestrafung schuldlosen Unrechtes keine abhaltende Wirkung mit sich führt, daß sie im Gegenteile geeignet ist, die mit der Bestrafung schuldhaften Unrechtes verbundene Wirkung abzuschwächen. Der psychologische Zwang der Abhaltung tritt nur dann und nur insofern ein, als die Verhaltungsweise, wegen deren im einzelnen Fall eine Strafe verhängt wird, genau mit derjenigen übereinstimmt, deren Eintritt verhindert werden soll und er kann kein anderes als nur schuldhaftes Unrecht verhindern. Eine Strafe für schuldloses Unrecht wirkt daher keineswegs abhaltend; sie erscheint vielmehr als ein blindes Verhängnis, welches, indem es Schuld und Nichtschuld gleichmäßig trifft, das Pflichtgefühl gegenüber der normativen Funktion der Rechtsregeln vermindert.

Eine zweite Begrenzung des Strafunrechtes ergibt sich aus der Erwägung, daß Rechtsstrafen an und für sich Übel

sind, und zwar Übel, unter denen der Bestrafte zwar in erster Reihe und hauptsächlich, in zweiter Reihe aber auch die Rechtsgenossen (vermöge der mit der Strafzufügung verbundenen Kosten, Verführungen, sanitären Übelstände usw.) leiden. Da nun Wohlfahrt den Inhalt aller Rechtszwecke bildet, so wird Strafrecht zumeist nur insoweit Platz greifen, als die sonstigen rechtlichen Machten zur Selbstbehauptung des rechtsgesellschaftlichen Lebens nicht für ausreichend erachtet werden. Wo soziale Interessen durch andere rechtliche Machten zur Genüge gewährleistet sind, wären Strafübel ein unnütz vertaner Aufwand und Verlust am Wohlergehen der Rechtsgenossen. Dies ist zunächst der Fall, wenn das Unrecht bloß in einer Hemmung rechtlicher Machten in dem oben (§ 35, Z. 2) dargelegten Sinne besteht, wenn also ein Rechtszweck im konkreten Falle durch Betätigung der ihm gewidmeten rechtlichen Macht im Prozeßwege realisiert werden kann. Aus diesem Grunde sind beispielsweise bösgläubiger Besitz einer fremden Sache, vorsätzliche oder fahrlässige Saumsal in der Erfüllung einer, sei es privatrechtlichen, sei es öffentlichrechtlichen Verbindlichkeit, in der Regel nicht strafbar. Wäre aber der bösgläubige Besitz oder die Verweigerung einer schuldhaften Leistung so geartet, daß sie im Wege des Prozesses nach Regeln der Erfahrung voraussichtlich nicht überwunden werden könnte (z. B. bei Veruntreuungen, bei schuldbarer Insolvenz usw.), so würden sich behufs Wahrung gleichartiger Interessen vor künftigen gleichartigen Angriffen strafrechtliche Sanktionen als notwendig herausstellen. Auch Unrechtmäßigkeiten, durch welche die Betätigung subjektiver Rechte nicht bloß gehemmt, sondern ganz oder teilweise unmöglich gemacht wird, weil die subjektivem Rechte in ihrem Bestande selbst angegriffen werden, erheischen nicht immer eine strafrechtliche Sanktion. Wenn Vermögensrechte unter solchen Umständen verletzt werden, welche der Regel nach

eine volle Ersatzleistung durch Gewährung neuer wirtschaftlich gleichwertiger Vermögensrechte zulassen, so begnügt sich das positive Recht zumeist mit der Rechtsfolge des Schadenersatzanspruches. So wird schuldhafte Störung oder Entziehung fremden Besitzes oder Beschädigung fremden Eigentumes nur dann bestraft, wenn sie heimlich oder sonstwie unter Umständen stattgefunden haben, welche darauf schließen lassen, daß die Gewährung eines Schadenersatzanspruches in der Regel nicht dazu führen würde, dem Beschädigten einen Ersatz für das ihm entzogene Gut zu verschaffen, oder wenn außer dem rein vermögensrechtlichen Interesse noch andere rechtliche Interessen angegriffen wurden. Daß auch diese Sätze bloß den Sinn leitender Gesichtspunkte, nicht denjenigen geltender Rechtsregeln haben und daß diese Gesichtspunkte vom positiven Rechte oft verleugnet werden, braucht nach dem oben Bemerkten nicht wiederholt zu werden.

Anmerkungen und Zusätze.

[1]) (S. 3.) Vgl. z. B. Bülow Gesetz und Richteramt S. 10 f. 48; Schlossmann Der Vertrag S. 175 f.; sodann von den Anhängern der sogenannten „Freirechtsbewegung“: Ehrlich Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft S. 11 ff.; Gnäus Flavius Der Kampf um die Rechtswissenschaft S. 12 f. — Spiegel in der Abhandlung „Jurisprudenz und soziale Wissenschaft“ (Grünhutsche Zeitschrift Bd. XXXVI) und Ehrlich in dem Aufsatze „Soziologie und Jurisprudenz“ (Zukunft XIV. Jahrgang Nr. 19 S. 231) unterscheiden zwar zwischen Rechtsnorm und tatsächlich geltender Rechtsregel; sie bleiben jedoch insofern bei der hergebrachten Behandlung der Jurisprudenz, als sie diese bloß als Normenlehre, somit als eine rein praktische Disziplin betrachten und die Untersuchung des positiven Rechtes als Komplexes tatsächlich geltender Regeln der Soziologie zuweisen. Uns hingegen scheint es gerade notwendig, diese letztere Betrachtungsweise in die Rechtswissenschaft selbst behufs Wahrung ihres Charakters als Erfahrungswissenschaft einzuführen und innerhalb derselben zwischen dem theoretischen Wissen von den Rechtsregeln und Rechtserscheinungen einerseits und der praktischen Anwendungslehre andrerseits zu unterscheiden.

[2]) (S. 3.) Der Ausdruck „Normen“ ist mehrdeutig. Bald werden darunter bloß „Imperative“, bald Imperative und Erlaubnisse verstanden; bald bloß solche Imperative und Erlaubnisse, die von einem Gesetzgeber erlassen sind, bald auch andere das Zusammenleben von Menschen betreffende Imperative und Erlaubnisse, welcher Provenienz (Gesetz, Gewohnheit, Rechtswissenschaft, Rechtsgefühl) immer. Bei unseren Erörterungen kommt es nun gar nicht darauf an, wie der persönliche Wille beschaffen wäre, welcher die Rechtsnorm schüfe. Sie wenden sich gegen die Erklärung der Rechtsregeln als Ideen oder Kundgebungen von Ideen eines persönlichen Autors überhaupt, gleichviel, wie derselbe geartet sei und gleichviel, ob sie bloß Befehle oder auch Erlaubnisse enthalten. Da wir demgemäß alle Theorien, welche das positive Recht als einen Komplex solcher Ideen definieren,

unter der Bezeichnung „Normentheorien" zusammenfassen, so ist unsere Stellungnahme gegen diese wesentlich verschieden von jener Opposition, welche (wie z. B. Löning „Wurzel und Wesen des Rechtes" S. 15 ff.; E. J. Bekker „Grundbegriffe des Rechtes" S. 64 ff.) sich nur wider die Beschränkung des Normenbegriffes auf gesetzgeberische Gebote und Verbote wendet.

[3]) (S. 6.) Laband Staatsrecht 4. Aufl. Bd. II S. 3 ff.; dagegen Gierke in Grünhuts Zeitschrift Bd. VI S. 229 f. — Die wahre Bedeutung, welche u. E. das „lex esto", wenn man es als „jus esto" versteht, besitzt, wird in § 13 Z. 4 dargelegt.

[4]) (S. 9.) Mehrere der hier dargelegten Unzulänglichkeiten gesetzgeberischer Imperative zur Erklärung der tatsächlich geltenden Rechtsverhältnisse, Befugnisse und Erlaubnisse, sind schon anderweitig öfters hervorgehoben worden (z. B. Löning a. a. O. S. 17 f.). — Die Kritik darf aber nicht bloß jene Normenlehren treffen, welche Norm und Gesetzesimperativ für gleichbedeutend halten.

[5]) (S. 16.) Wir sprechen hier von dem Gegensatze zwischen einer theoretischen Erkenntnis der Regelmäßigkeiten des Rechtslebens als eines Erfahrungsobjektes und der praktischen Methode, welche in jedem konkreten Falle beobachtet werden muß, um diesen Regelmäßigkeiten gemäß zu verfahren. Dieser innerhalb des positiven Rechtes sich bewegende Gegensatz ist ein anderer, als die zuerst von Schlossmann Der Vertrag S. 189 f., sodann von Stammler Lehre vom richtigen Rechte 83 ff. und von Kohler Rechtsphilosophie S. 43 f. hervorgehobene Unterscheidung zwischen einer theoretischen und einer technischen Rechtslehre, weil diese Schriftsteller die erfahrungsmäßige Regelmäßigkeit des Rechtslebens überhaupt nicht als selbständiges Erkenntnisobjekt behandeln, daher unter der theoretischen Rechtslehre die von ihnen aufgestellten Rechtsideen, unter technischer Disziplin die Lehre vom positiven Rechte selbst, als Art, wie diese Rechtsideen in gesetzgeberischen Imperativen zur Erscheinung kommen, verstehen.

[6]) (S. 20.) Wir gehen von dem Begriffe „Gesellschaft" im weitesten Sinne des Wortes aus, in welchem er ein Zusammenwirken von Menschen zu gemeinschaftlichen Zwecken, oder was dasselbe sagt, für gemeinschaftliche Interessen bedeutet (cf. Sigwart Logik II. § 78 Z. 12). Die durch solches Zusammenwirken hervorgerufene Vorstellungseinheit ist überall Zweckeinheit, und zwar nicht bloß eine durch die Betrachtung eines Außenstehenden bewerkstelligte (wie die Zweckeinheiten in der Natur), sondern eine durch die Willensbestrebungen der Mitglieder selbst begründete (cf. G. Simmel Soziologie S. 27 ff.). Theoretisch betrachtet ist „Gesellschaft" für deren Mitglieder genau

dasselbe, wie für Außenstehende. Daß Menschen ihre Mitglieder sind, und daß ihr nicht natürliche Kausalitäten, sondern Motivationen zu Grunde liegen, ändert nichts an der Tatsache, daß ihre Einheit eine ausschließlich objektive, durch die Gemeinschaftlichkeit der Interessen hervorgerufene ist.

7) (S. 22.) Der Zweck der Selbstbehauptung schließt als formaler Oberbegriff die (nach regelmäßiger Meinung der Rechtsgenossen) jeweils vorteilhafteste Art der Förderung aller ihr untergeordneten gemeinschaftlichen Wohlfahrtszwecke in sich. Wohlfahrt betrifft nicht bloß sinnliche, sondern auch geistige Lustbefriedigung, sie umfaßt also alle Interessen physischer und geistiger Vervollkommnung oder Kultur. Cf. Paulsen Ethik II. S. 268 ff.; Kohler Rechtsphilosophie S. 32 ff. Es ist aber ungenau, zu sagen, daß die Rechtsordnung „nicht nur die Wahrung der subjektiven Rechte, sondern auch die Wahrung der Kulturgüter zur Aufgabe habe". Denn die subjektiven Rechte werden durch die Kulturinteressen selbst bestimmt (§ 6 Z. 5).

8) (S. 25.) Cf. Wundt Ethik II. S. 46 f. Freilich deduziert Wundt sodann (S. 66 f.) gerade hieraus die Berechtigung, von einem gesellschaftlichen Gesamtwillen zu sprechen; was u. E. deshalb ein Fehlschluß ist, weil die einzelnen Willensakte im Individuum durch dessen Selbstbewußtsein, Selbstgefühl und Selbstbestimmung vereinigt sind, während die Willensakte der einzelnen Gesellschaftsmitglieder bloß durch ihre gemeinschaftlichen Ziele zu einer objektiven Einheit, aber durch kein „Ich" zu einer subjektiven Einheit verbunden sind.

9) (S. 25.) Im Sprachgebrauche der Rechtsphilosophie mag die Personifikation eines Vernunftprinzipes, welches an die Menschen rücksichtlich ihres gesellschaftlichen Lebens Anforderungen stellt, gefahrlos sein. Daß jedoch Lehren vom historisch gegebenen positiven Rechte den Satz an die Spitze stellen, „das positive Recht sei allgemeiner Wille", und daß sie diese Definition als die treffendste und bündigste erklären (z. B. Ihering Geist des römischen Rechtes III. Bd. S. 318; Dernburg Pand. I. § 19; Thon Rechtsnorm und subjektives Recht S. 1), ohne zu erklären, welches Erfahrungsobjekt man sich unter diesem „Willen" vorzustellen und welchen Sinn man mit dem Attribute „allgemein" in diesem Zusammenhange zu verbinden habe, ist mit dem Charakter einer Erfahrungswissenschaft unvereinbar.

10) (S. 27.) Über den Begriff der „Regel" als empirischen Gesetzes vgl. Sigwart Logik II. § 96; Lotze Logik S. 394. Sehr verfehlt wäre es, als Träger der empirischen Regelmäßigkeit im Rechtsleben die einzelnen Menschen so anzusehen, als ob die Rechtsregeln der Ausdruck jenes Verhaltens wären, welches eine größere oder geringere Majorität der Rechtsgenossen betrachtet. Es handelt

sich nicht um Personen, sondern um Verhaltungsweisen. Auch der schwerste Verbrecher verhält sich in der unendlich überwiegenden Zahl seiner Handlungen und Unterlassungen den Rechtsregeln gemäß, d. h. rechtmäßig, teils weil seine verbrecherische Anlage (die sich doch immer nur auf bestimmte Lustbedürfnisse bezieht) nicht permanenten Anreizen ausgesetzt ist, teils weil sehr häufig der Anreiz zum Verbrechen zu schwach ist, um die Anreize zu einem rechtmäßigen Verhalten zu überwinden. Es kommen aber, und dies ist die Hauptsache, bei der empirischen Regel des rechtlich sozialen Verhaltens überhaupt nicht bloß jene Fälle in Betracht, in welchen isolierte Interessen mit sozialen Interessen in Konflikt geraten. Die Regelmäßigkeit zeigt sich vornehmlich in der Richtung, daß der Einzelne den Handlungen oder Unterlassungen Anderer gegenübersteht. So beobachtet der Mörder rücksichtlich der Eigentumsordnung, der Dieb rücksichtlich der Sicherheit des Lebens, der politische Verbrecher rücksichtlich der persönlichen Ehre und der Verleumder rücksichtlich der Staatsverfassung Zeit seines Lebens ein rechtmäßiges Verhalten. Auf diesen Gesichtspunkt wird noch wiederholt zurückzukommen sein (s. insbes. § 16 Z. 7). Er tritt hervor in den schönen Versen Grillparzers (Bruderzwist in Habsburg 4. Aufzug):

„Denn selbst der Bösewicht will nur für sich,
Als einzeln ausgenommen sein vom Recht,
Die Andern wünscht er vom Gesetz gebunden,
Damit vor Räuberhand gewahrt sein Raub.
Die Andern denken gleich im gleichen Falle,
Und jeder Schurk' ist einzeln gegen Alle;
Die Mehrheit siegt und mit ihr siegt das Recht
Wär's anders, Herr, die Welt bestünde nicht."

[11]) (S. 33.) Über die Begriffe, Ursache und Bedingung vgl. Sigwart Logik II. Bd. S. 160 f. 494. Negative Bedingungen können nur in Betracht kommen, wenn wir (wie bei den menschlichen Unterlassungen) ein bestimmtes Gebiet von Erscheinungen und die Verhinderung ihrer Verhinderung ins Auge fassen, die ebensowohl mittels Willenskausalitäten (wirkender Energie) als mittels der innern Hemmung eines inneren Willensantriebes (latenter Energie) geschehen kann.

[12]) (S. 34.) Wir stellen hier einen Begriff von „Macht" auf, der von dem gewöhnlich dem Worte „Macht" beigelegten Sinne abweicht. Um so größeres Gewicht müssen wir darauf legen, richtig verstanden zu werden. In dem üblichen Sprachgebrauche sind die Vorstellungen, welche mit dem Worte verbunden werden, überaus vage, wissenschaftlich kaum verwertbare. Wo eine etwas präzisere Vorstellung angestrebt wird, pflegt man „Macht" für gleichbedeutend mit „Ver-

mögen“ oder „Kraft“, für etwas dem Subjekte als Eigenschaft Inhärierendes zu halten. ,Sobald jedoch Veranlassung vorliegt, zwischen Ursachen und Bedingungen von Erscheinungen zu unterscheiden, und dies muß in eminenter Weise rücksichtlich des Wollens im Rechtsleben geschehen, so ist es erforderlich, das Verhältnis, in welchem ein potenzieller Urheber, für sich allein betrachtet, zu einem potenziellen Erfolge steht, von dem Verhältnisse, in welchem er sich zufolge des Zutreffens der äußeren Bedingungen des Erfolges befindet, zu unterscheiden. Das durch das Zutreffen der äußeren Bedingungen gegebene Verhältnis des Willensträgers ist sicherlich eine andere Vorstellung, als die ihm immanente, von äußeren Bedingungen unabhängige Kraft oder Energie. Ebenso unabweislich ist sodann bei der Betrachtung des sozialen Lebens der Menschen die weitere Unterscheidung der Machten in jene, deren Bedingungen in dem regelmäßigen Verhalten der Rechtsgenossen gelegen und in jene, deren Bedingungen außersoziale oder natürliche sind.

[13]) (S. 48.) Es muß insbesondere die Meinung abgewehrt werden, als ob die hier vertretene Erklärung des objektiven Rechtes als einer sozialen Machtordnung irgend etwas zu tun hätte, mit den sogenannten „Machttheorien“ über den Staat, welche diesen als Produkt natürlicher Machten, sei es einzelner Personen sei es einzelner Personengruppen, erklären oder rechtfertigen wollen (cf. Jellinek Allgemeine Staatslehre S. 170 ff.; A. Menger Neue Staatslehre S. 56 f.; Gumplowicz Allgemeines Staatsrecht S. 30 f.). Allerdings besitzen im gesellschaftlichen Leben, sowohl soweit wir es Staat, als soweit wir es Rechtsordnung nennen, diejenigen einzelnen Personen oder Menschengruppen, welchen die größere natürliche Macht zur Seite steht, größere Aussicht auf die Erlangung sozialer (öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher) Machten, als die Mindermächtigen. Allein dieser, wenn auch in ununterbrochener Entwicklung stattfindende Werdegang, an dem überall auch ethische Potenzen mitbeteiligt sind, darf mit dem Gewordenen, mit der tatsächlich geltenden Staats- und Rechtsordnung nicht identifiziert werden. Wenn einzelne Personen oder Personengruppen im Staate dauernd herrschen, so geschieht dies nicht mehr bloß infolge eines isolierten, sondern infolge des regelmäßigen sozialen Verhaltens der Staats- und Rechtsgenossen; aus der Willkür isolierter Machten ist eine regelmäßige soziale Macht und damit eine Rechtsinstitution geworden. Daß alle Machten, somit auch die rechtlichen Machten, die Tendenz haben, sich stetig zu vergrößern, und daß mit ihrem Wachstum zugleich auch die Gefahr des Mißbrauches wächst, fällt in den Bereich der Politik; die Wissenschaft des positiven Rechtes befaßt sich mit dieser politischen Erwägung ebensowenig,

als mit sonstigen kritischen Beurteilungen ihres Objektes vom Standpunkte der Moral oder der Utilität.

[14]) (S. 50.) Die Verwechslung von Rechtssatz und Rechtsregel ist überaus häufig und erklärt sich bei den Normentheorien aus der Unklarheit, in welcher sie rücksichtlich des Autors der Rechtsnormen befangen sind. Daß zwischen irgend welchen in einem Gesetzentwurfe oder in einem rechtsphilosophischen oder sozialpolitischen Werke aufgestellten, rechtliche Ideen enthaltenden Sätzen und jenen Sätzen, welche ausdrücken, wie ein gesellschaftliches Zusammenleben von Menschen tatsächlich vor sich gehen wird oder bisher tatsächlich vor sich gegangen ist, ein tiefgreifender Unterschied besteht, daß nur diese, nicht aber jene den Charakter einer empirischen Regel tatsächlicher Vorgänge an sich tragen, ist unmöglich zu verkennen. Solange man — wie die Normentheorien tun — auch das Wesen des positiven Rechtes in Ideen erblickt, die Verwirklichung suchen, erscheint seine tatsächliche Geltung als ein bloßes Akzidens, als ein Zufall, dessen Eintritt oder Ausbleiben sein Wesen selbst nicht alteriert. Mit einer soziologischen Betrachtungsweise, mit der Erkenntnis, daß positives Recht ein Komplex sozialer, dem gesellschaftlichen Leben innewohnender Regeln ist, aber ist es völlig unvereinbar, wenn man (wie z. B. Gnäus Favius Kampf um die Rechtsanwaltschaft S. 11) die Annahme eines sogenannten freien Rechtes neben dem staatlichen Rechte damit begründen will, daß der Inhalt der Erörterungen de lege ferenda, der Gesetzentwürfe, des Naturrechtes, kein anderer sei, als derjenige des positiv geltenden Rechtes. Mit ähnlichen Argumenten könnte man beweisen wollen, daß zwischen den Helden der Volkssage und den Helden der Geschichte, oder daß zwischen einem Eheprojekte und einer tatsächlichen Ehe kein Unterschied obwalte. Unsere Unterscheidung zwischen Rechtssatz und Rechtsregel fällt aber auch keineswegs zusammen mit derjenigen, zwischen Gesetzentwurf und (sanktioniertem) Gesetze. Denn auch das Gesetz enthält als solches nur einen Rechtssatz, verbunden mit dem gesetzgeberischen Befehle: „jus esto“. Zur Rechtsregel wird der Rechtssatz erst mittels der gewohnheitsrechtlichen Gehorsamsregel (§ 13 Z. 2; § 15 Z. 4).

[15]) (S. 54.) Die Definition bei Stammler, Wirtschaft und Recht S. 491 ff., Konventionalregeln seien jene Regeln, „die dem Sinne ihres Geltungsanspruches nach sich auf Anerkennung und Zustimmung des Regelunterworfenen gründen“, beachtet nicht, daß auch die Regeln des Anstandes und der Mode durchaus nicht davon bedingt sind, daß der Einzelne sich ihnen unterwirft. Wir haben erst in jüngster Zeit erlebt, daß die Einhaltung der hergebrachten Bekleidungsarten einem Zwange unterliegt; es wurde den Frauen unmöglich gemacht, mit einem so-

genannten Hosenkleide in den Straßen zu erscheinen. Nur wurde ihnen dies nicht durch rechtlichsoziale, sondern durch isolierte oder natürliche Machten verwehrt.

16) (S. 58.) Es kann hier natürlich bloß das Wesen der Rechtspflicht beschrieben, nicht aber das ihr zu Grunde liegende ethische Prinzip erörtert werden. Doch sei darauf hingewiesen, daß die menschliche Vernunft allem (absolut oder auch nur relativ) allgemein Geltendden, somit auch dem allgemeinen Wohle, einen ethischen Mehrwert gegenüber dem Wohle Einzelner beilegt; ein Mehrwert der freilich von demjenigen, dessen Einzelinteresse einem allgemeinen Interesse in einem gegebenen Falle entgegensteht, nicht regelmäßig berücksichtigt wird, der aber unter allen Umständen von denjenigen, welche persönlich unbeteiligt sind, anerkannt und zur Richtschnur ihrer Beurteilung und ihres Verhaltens gemacht wird. Paulsen System der Ethik 6. Auflage S. 337 ff. führt überhaupt alle ethischen Pflichten, also nicht bloß die positivrechtlichen, auf bestehende Sitten zurück. Jellinek Allgemeine Staatslehre S. 308 ff. legt sogar allem „Faktischen“ eine normative Kraft bei, dürfte wohl aber ebenfalls nur das einer Regel gemäße, also in irgend einer Richtung allgemein geltende „Faktische“ im Auge haben.

17) (S. 59.) Hiezu bedarf es keiner „Anerkennung“ der Rechtsnormen seitens jedes Rechtsgenossen. Die von Bierling (Juristische Prinzipienlehre Bd. I S. 40 f.) als Verpflichtungsgrund hingestellte Voraussetzung einer ausdrücklichen oder stillschweigenden (habituellen) „Anerkennung“ der Rechtsnormen involviert eine ganze Reihe von Fiktionen, die sie selbst als eine bloß fiktive erscheinen lassen. Schon rein logisch genommen kann der Bestand einer verpflichtenden Norm nicht daraus erklärt werden, daß der Angesprochene die Norm „anerkennt“, da „anerkennen“ ein transitives Verbum ist, welches sein Objekt als gegeben voraussetzt. Wenn das Verpflichtende von einer Anerkennung des Verpflichteten bedingt wäre, so stünde es in des letzteren Belieben, verpflichtet oder nicht verpflichtet zu sein. Wollte Bierling bei der „Anerkennung“ nicht an eine von jedem einzelnen Rechtsgenossen für sich, sondern an eine von allen Rechtsgenossen in empirischer Regel stattfindende „Anerkennung“ denken, so käme er freilich unserer Auffassung näher, weil die von ihm so genannte „Anerkennung“ auch in rein tatsächlichem Verhalten ohne jedes Bewußtsein von dem Bestande der Norm, ja in dem Verhalten willensunfähiger Personen gelegen sein soll. Diese „Anerkennung“ und die daraus abgeleitete Pflicht ohne Bewußtsein und ohne Möglichkeit eines Bewußtseins von dem Bestande einer Norm bezeichnet er selbst aber als eine bloße Fiktion. Zwischen den beiderseitigen An-

schauungen liegt der Abgrund, daß Bierling mit der Bezeichnung eines Satzes als Fiktion etwas wissenschaftlich Wertvolles, etwas zwar nicht allgemein, aber „juristisch“ Denkbares gesagt zu haben meint, während wir die Bezeichnung als Fiktion gleichbedeutend halten mit der Bezeichnung als Fabel oder als Redefigur.

18) (S. 67.) Die Identität des einer sozialen Machtbeschränkung und folgemäßig (unter der Voraussetzung ethischer Zurechenbarkeit), auch einer Rechtspflicht unterliegenden Verhaltens ist es, welche dazu verleitet, das Wort „Zwangspflicht“ zu konstruieren. Man könnte ebensowohl von einer erzwingbaren Tugend, erzwingbaren Liebe, erzwingbaren Ehrfurcht sprechen. Der Barbarismus, wenn wir uns so scharf ausdrücken dürfen, der in der, einer formalen Logik zuliebe vorgenommenen Wortbildung: „Zwangspflicht“ liegt, ist es, der viele Schriftsteller dazu bestimmt, den „Zwang“ überhaupt aus der Vorstellung: „Positives Recht“ auszuschalten, oder ihn (wie z. B. Wundt Ethik II. Bd. S. 199 ff. es tut), als ein nebensächliches und sekundäres Moment hinzustellen. Setzt man unserem Gedankengange gemäß an die Stelle der Vorstellung „Zwang“ die Vorstellung „Machtbeschränkung“, so ergibt sich deren Unabweislichkeit als Korollar der rechtlichen Macht von selbst.

19) (S. 71.) Stammler Das richtige Recht. Es ist uns trotz eingehenden Studiums nicht gelungen, uns darüber klar zu werden, ob das „richtige Recht“ im Sinne Stammlers als ein positiv geltendes oder aber als ein dem positiven Rechte in idealer Anforderung (wenn auch nicht als ewiges und unveränderliches) gegenüberstehendes vorgestellt werden soll. Einer seiner eifrigsten Anhänger, Brütt (Kunst der Rechtsanwendung S. 118), bezeichnet es gerade als einen Irrtum Stammlers, daß er (S. 22) „das richtige Recht für eine Unterart des positiven Rechtes erklärt“. Allein die gleiche Auffassung findet sich nicht bloß an dieser Stelle, sondern an zahlreichen anderen Stellen des Werkes, kann daher kaum eine „irrtümliche“ sein. Nur freilich gibt es ebenso zahlreiche Stellen, in welchen wieder das Urteil der „Richtigkeit“ nicht auf die einzelne Entscheidung, sondern auf das geltende positive Recht selbst bezogen wird; somit ein Konflikt des positiven Rechtes mit dem richtigen Rechte als möglich vorausgesetzt wird. Nach unserer Auffassung besteht der Hauptwert des Stammlerschen Werkes darin, daß er in dem Gewande einer Deduktion aus einem obersten Idealprinzipe die Wege weist, auf welchen sich ein positives Rechtsgefühl bilden sollte. Dadurch, daß er Regelmäßigkeit für ein wesentliches Merkmal des Rechtes hält, unterscheidet er sich von den Anhängern der „Freirechtsbewegunng“, welche den Begriff eines „individuellen Rechtes“ im Gegensatze zum „gemein-

schaftlichen Rechte" aufstellen, und als „individuelles Recht" jene Entscheidung erklären, welche den einzelnen Fall als ein Unikum behandle und einem keiner Begründung durch irgend eine Regelmäßigkeit bedürfenden, nur diesen Fall betreffenden individuellen Werturteile entspringe. Daß eine solche Auffassung geradezu eine Negation jeder positiven Rechtsordnung in sich schließt, wird in § 16 zu zeigen sein.

[20]) (S. 72.) Über Pflichtenkollisionen vgl. Paulsen Ethik I. S. 351 ff.; Wundt Ethik II. S. 93: „Wie wir aber bei einem solchen Konflikte zu wählen haben, darüber kann kein a priori in uns liegender Grundsatz, sondern nur jene allgemeinere Auffassung sittlicher Lebensaufgaben entscheiden, die vermittels der zurückgelegten geistigen Entwicklung und auf Grund der eigenen sittlichen Erfahrung möglich ist." Wenn Kohler, Rechtsphilosophie S. 26, bemerkt: „Das Banner des Rechtes ist es gewesen, das die Menschen zu wahnwitzigen Orgien und zu den grausamsten Zerfleischungen geführt hat", und beifügt: „Gerade die Juristen sind, wie die Träger des menschlichen Fortschrittes, so auch die Rädelsführer menschlicher Irrungen und Torheiten gewesen", so spricht er von positiven Rechtsregeln, deren Inhalt dem Inhalte idealer Rechtssätze zuwiderläuft. Er bezeichnet solche Zustände als „pathologische". Aber ebenso wie der pathologisch affizierte Organismus den Lebensgesetzen nach wie vor unterliegt, gelten auch in dem „pathologisch" affizierten Gesellschaftsleben nach wie vor positive Rechtsregeln. Der Gegensatz zwischen ihnen und den idealen Rechtssätzen führt im Wege der Rechtsquellen allmählich zu der Beseitigung der schlechten Rechtsregeln. In überlegenen, ihrer Zeit vorauseilenden Geistern kommt er aber schon im Anfange dieses Prozesses zum Bewußtsein und erregt jenen Konflikt zwischen dem ethischen Bedürfnisse, der positiven Rechtsordnung zu dienen, und dem ethischen Bedürfnisse, dem Rechtsideale zu dienen, von dem im Texte die Rede ist.

[21]) (S. 76.) Es ist hier nicht von der Rechtsanwendung, sondern von der Rechtsfindung die Rede, von der Feststellung einer Rechtsregel, gleichviel aus welchem Anlasse (ob aus Anlaß eines Richterspruches oder eines Rechtsgutachtens oder einer theoretischen Untersuchung) sie erfolgt. Sie kann, da die Rechtsregeln empirische Gesetze sind, immer nur nach den für die Feststellung empirischer Gesetze bestehenden Denkgesetzen gefunden werden. Vgl. Sigwart Logik II. Bd. 3. Aufl. S. 521 ff.

[22]) (S. 82.) Dem „jus esto" entspricht die von Zitelmann (Kunst der Gesetzgebung S. 15) berührte Tendenz der Gesetzgebung, ihren Inhalt nicht in die Form von Geboten oder Verboten, sondern

in die Form der Verkündigung tatsächlicher Regeln zu kleiden. Es kommt darin zum Vorschein, daß die Rechtsgesetze ihrem Inhalte nach bloß Sätze rechtlichen Inhaltes sind, welche vermöge der Sanktion des Staatsoberhauptes, des Befehles: jus esto und vermöge der demselben auf Seite der Rechtsgenossen korrespondierenden Gehorsamsregel zum Inhalte von Regeln des rechtlich sozialen Verhaltens werden. Die sachlichen Verbindlichkeiten (und folgemäßig auch Verpflichtungen) der Einzelnen ergeben sich erst aus den so zu stande gekommenen Rechtsregeln.

[23]) (S. 86.) Die Tatsache der allmählichen Abänderung oder Außerkraftsetzung eines Gesetzesinhaltes durch ein ihm widerstrebendes positives Rechtsgefühl wird durchaus nicht erklärt, wenn man — wie es oft geschieht — von einem „Willen des Gesetzes" spricht, der von demjenigen des Gesetzgebers unabhängig und diesem an Weisheit überlegen sei. Mit dieser Fiktion oder — was gleichbedeutend ist — „Personifikation" ist wissenschaftlich nicht das Geringste geleistet, vollends nicht rücksichtlich jener Fälle, wo die neue Rechtsregel dem Gesetzestexte auch bei scharfsinnigster Zergliederung der von seinen Verfassern (wahrscheinlich mit ebenso großem Scharfsinne und ebenso lebhaftem Rechtsgefühle) gewählten Ausdrucksweise nicht untergelegt werden kann. Solange man freilich nichts anderes im Auge hat, als den Rechtsgenossen und insbesondere den Richtern in populären Worten und Gleichnissen dasjenige leichter verständlich zu machen, was eine wissenschaftliche Betrachtungs- und Ausdrucksweise nur bei tiefem Eindringen in die letzten Grundlagen des Rechtslebens darstellen kann, wird gegen solche Redefiguren, nicht viel einzuwenden sein.

[24]) (S. 87.) Rumpf Gesetz und Richter; Brütt Die Kunst der Rechtsanwendung (im Anschluß an die Lehre Stammlers); Oertmann Gesetzeszwang und Richterfreiheit u. v. a.

[25]) (S. 94.) Es steht hier nur zur Frage, in welchem Kriterium die Lehre vom positiven Rechte den Unterscheidungsgrund zwischen Rechtsgewohnheiten und sonstigen gesellschaftlichen Sitten suchen muß. Das Problem erlangt, trotz des heuzutage nur mehr sehr eingeengten Gebietes sachlicher Gewohnheitsrechte, ein großes theoretisches Interesse, wenn beachtet wird, daß auch die Rechtsregel des Gehorsams gegenüber den gesetzlichen Vorschriften eine gewohnheitsrechtliche ist.

[26]) (S. 100.) Es brauchte wohl nicht erst hervorgehoben zu werden, daß die vielfach vertretene Meinung, Rechtsgewohnheit als Rechtsquelle gelte überhaupt nur, wenn und insoferne als gesetzliche Vorschriften es gestatten, im Lichte unserer Auffassung gänzlich

unhaltbar ist. Sie verwechselt die einzelnen auf dem Wege von Rechtsgewohnheiten entstandenen Rechtsregeln mit der Rechtsquelle. Die motivierende Kraft der einen Rechtsquelle: „Gesetz“ kann in gegebenen Fällen der motivierenden Kraft der anderen Rechtsquelle: „Rechtsgewohnheit“ gegenüberstehen und rücksichtlich dieser Fälle deren Wirksamkeit verhindern. Keine derselben kann aber die andere selbst überhaupt und für alle Fälle beseitigen.

[27]) (S. 102.) Die Aufstellung des Begriffes „positives Rechtsgefühl“ ist nichts anderes als die Beantwortung der Frage, ob erfahrungsmäßig Regeln eines rechtlich sozialen Verhaltens vorhanden sind, die weder aus gesetzlichen Vorschriften noch aus Rechtsgewohnheiten hervorgehen, beziehungsweise erkennbar sind. Wer daher mit dem Worte „Recht“ die Vorstellung eines Objektes verbindet, das auch außerhalb eines gesellschaftlichen, das ist auf gemeinschaftliche Zwecke gerichteten, Lebens bestehen kann, denkt an etwas anderes als wir; er denkt an etwas, worauf der Begriff „positives Rechtsgefühl“ auch nach unserer Ansicht schlechterdings unanwendbar ist. Um unseren Ausführungen zu folgen und um sie zu kritisieren, müßte er sich dazu entschließen, — unbeschadet seiner etwaigen Vorstellung von einem „individuellen“ Rechte und einem „individuellen“ Rechtsgefühle — jenes positive Recht, welches in sozialen Regelmäßigkeiten besteht, als ein Erkenntnisobjekt von selbständiger Bedeutung zuzulassen; sodann erst kann geprüft werden, ob ein solches positives Recht auch in Ermanglung gesetzlicher Vorschriften oder Rechtsgewohnheiten erfahrungsmäßig feststellbar ist.

[28]) (S. 110.) Vgl. Wundt Ethik 3. Aufl. II. Bd. S. 33 ff.; Sigwart Kleine Schriften 2. Aufl. II. Bd. über den Begriff des Wollens S. 158 ff.

[29]) (S. 112.) Dieses für den Begriff des positiven Rechtes u. E. maßgebende Moment übersehen diejenigen, welche in dessen Bereich von einem „individuellen Rechte“, das ausschließlich auf einen gegebenen Einzelfall anwendbar sei, sprechen. Die Supposition und Anwendung eines sogenannten „individuellen Rechtes“, läuft, indem sie eine Zurückführung auf eine allgemeine Regel prinzipiell ablehnt, auf die Behauptung hinaus, daß in diesem Belange eine Rechtsordnung nicht vorhanden sei, oder, wenn vorhanden, nicht beachtet werde. Nun unterliegt es freilich u. E. keinem Zweifel, daß für manche Lebensverhältnisse keine Rechtsregel besteht, daß ferner Zeiten eintreten können, in welchen die bis dahin bestandene Regelmäßigkeit des Rechtslebens für gewisse Lebenssphären sehr beeinträchtigt ist (Krieg, Aufruhr usw.). Nicht dies aber steht hier zur Frage, sondern zu untersuchen ist, ob nicht dort, wo kein Rechtsgesetz und keine Rechts-

gewohnheit stattfindet, noch immer eine Rechtsordnung auf Grund einer dritten Rechtsquelle, die wir positives Rechtsgefühl nennen, möglich und rücksichtlich mancher Lebensverhältnisse tatsächlich gegeben sei.

[30]) (S. 120.) Vgl. Sigwart Logik 3. Aufl. II. Bd. S. 298 f., 592 f. Die Bemerkung bei Zitelmann Lücken im Rechte S. 35, daß der Analogieschluß der Juristen dem logischen Analogieschlusse zwar verwandt, aber doch spezifisch verschieden sei, weil es sich bei jenem um Werturteile, bei diesem um tatsächliche Urteile handelt, wird gegenstandslos, wenn die Bewertung als ein Ergebnis positiven Rechtsgefühles somit selbst als etwas Tatsächliches erkannt wird.

[31]) (S. 127.) Die Meinungen über den Wertmaßstab, welchen der Richter bei seinen „Werturteilen“ anlegen „soll“, sind höchst verschiedenartige. Bald wird er in einem idealen Prinzipe und in den Grundsätzen, welche daraus abgeleitet werden können, gesucht; bald wird der „präsumtive Wille des Gesetzgebers“ oder ein von diesem unabhängiger „wahrer Sinn“ der Gesetze, bald „die Natur der Sache“, bald endlich — und darauf läuft die Freirechtsbewegung hinaus — die Individualität des Richters, sein individuelles empirisches Gewissen, für maßgeblich erklärt. Alle einschlägigen Diskussionen betreffen eine Fragestellung, die außerhalb der Theorie des positiven Rechtes, daher außerhalb des Rahmens unserer Untersuchung liegt. Für letztere ist die Frage so zu stellen, ob der Beurteiler eines weder durch Gesetzes- noch Gewohlheitsrecht geregelten Rechtsfalles eine „Bewertung“ vorzunehmen in der Lage ist, die (empirischer Voraussicht oder Wahrscheinlichkeit nach) alle anderen unparteiischen Rechtsgenossen in gleicher Weise vornehmen würden. Insoweit ein derartiges in der Rechtsgesellschaft allgemein gültiges Werturteil nicht erfindlich ist, wird das im einzelnen Falle erfließende Werturteil, ob es nun von einem staatlichen Richter oder von einem anderen Jurisprudenten oder von einem beliebigen Rechtsgenossen gefällt wird, eine vielleicht moralisch oder politisch sehr weise, aber keine positivrechtliche sein, eben weil nicht die geringste Gewähr dafür vorliegt, daß in einem zweiten, dritten, vierten gleichartigen Falle in gleicher Weise entschieden werden würde.

[32]) (S. 129.) Zitelmann Lücken im Rechte S. 35 f.; Bekker Grundbegriff des Rechtes S. 194 ff.; Brütt Die Kunst der Rechtsanwendung S. 18 f.

[33]) (S. 130.) Die Erkenntnis, daß die Rechtsordnung in sich selbst die Tendenz einer der Kulturentwicklung parallel gehenden Entwicklung in sich tragen, und daß die Rechtsgesetze den jeweiligen

Lebensbedürfnissen tatsächlich in mehr oder minder glücklicher Weise angepaßt werden, haben alle Rechtslehren miteinander gemein. Vom Gesichtspunkte der Normenlehren erscheint dieser Prozeß aber als etwas Äußerliches oder Willkürliches, als Resultat der größeren oder geringeren Weisheit der jeweiligen Staatsoberhäupter oder sonstigen Normenschöpfer. Nach unserer Auffassung liegt der Grund tiefer. Die Wandlungen in den Gesetzesinterpretationen, das Veralten und Absterben der Gesetze geht vor sich und neue Rechtsregeln (sei es mittels Rechtsgewohnheiten sei es mittels eines allgemeinen Rechtsgefühles) entstehen, auch wenn die Staatslenker sich den geänderten Lebensbedürfnissen verschließen und diese Erscheinung ist es, welche aus dem Wesen des positiven Rechtes zu erklären, das heißt auf ein allgemeines Entwicklungsgesetz, nicht der Gesetzgebung, sondern des tatsächlich geltenden positiven Rechtes selbst zurückzuführen ist. Die konservative Tendenz der gesetzgebenden Faktoren kann die Rechtsentwicklung im Wege der Bildung und stetigen Verstärkung eines neuen positiven Rechtsgefühles erschweren und zeitweilig hemmen, nicht aber dauernd verhindern.

[34]) (S. 142.) Infolge der Verkennung des sozialen Charakters des positiven Rechtes wird das Rechtsgeschäft von der herrschenden Lehre in unmittelbaren Zusammenhang mit dem von ihm veranlaßten Rechtsverhältnisse gebracht. Da man die Rechtsverhältnisse selbst nur als ethische oder den ethischen ähnliche Beziehungen zwischen den unmittelbar interessierten einzelnen Personen ansieht, ohne ihren Zusammenhang mit dem rechtlich sozialen Verhalten der Rechtsgenossen zu beachten, so wird gewöhnlich auch das Rechtsgeschäft nicht unter dem Gesichtspunkte der Auslösung einer bestimmten Art rechtlich sozialen Verhaltens der Rechtsgenossen, sondern bloß unter dem Gesichtspunkte der Begründung von Pflichten und Befugnissen zwischen den Kontrahenten betrachtet. So erklärt beispielsweise Bierling Juristische Prinzipienlehre II. S. 2, das Rechtsgeschäft als Schaffung subordinierter, das heißt den allgemeinen Rechtsnormen untergeordneter und nur zwischen den Kontrahenten geltender Normen. Dagegen haben schon Brinz Pandekten II. Aufl. § 66 und Thon Rechtsnorm und subjektives Recht 1878 S. 346 f. die Rechtsgeschäfte als objektive Vorbedingungen für den Eintritt oder das Ende der Anwendbarkeit von Rechtsregeln, also nicht als Verursachungen der an sie geknüpften Rechtsverhältnisse, erklärt und in dieser Richtung anderen Tatbeständen, welche die Entstehung oder Endigung von Rechtsverhältnissen bedingen, gleichgestellt. Eine prinzipielle und konsequente Durchführung dieser Auffassung behufs Erklärung des rechtlichen Könnens im Gegensatze zum rechtlichen Dürfen, der rechts-

geschäftlichen Macht im Gegensatze zur rechtlichen Macht, hat jedoch bisher nicht stattgefunden.

[35]) (S. 146.) Die Verwechslung des Könnens mit dem es begleitenden Dürfen ist ebenso häufig als irreführend. Nur diese Verwechslung konnte Jellinek (System der öffentlichen subjektiven Rechte S. 47 ff.), trotzdem er die Begriffe des rechtlichen Dürfens und des rechtlichen Könnens mit aller Schärfe auseinanderhält, dazu führen, auch das rechtliche Können als Inhalt von subjektiven Rechten, ja, unter dem Titel einer rechtlichen „Gewährung", als den alleinigen Inhalt der öffentlichen subjektiven Rechte zu erklären; während doch auch im öffentlichen Rechte die Befugnisse (z. B. der Behörden bei Wahrung der öffentlichen Interessen, der Einzelnen rücksichtlich ihres Anteiles an den öffentlichen Interessen) von den Rechtsfolgen, welche sich kraft der Rechtsregeln an die Ausübung dieser Befugnisse knüpfen, strenge zu scheiden sind.

[36]) (S. 149.) Hölder Natürliche und juristische Person 1905 S. 94 ff., betrachtet den Vertreter fremder Interessen als das eigentliche Rechtssubjekt, während die meisten Autoren in Konsequenz des Dogmas von der „juristischen Willensvertretung" die Interessensubjekte als die eigentlichen Rechtssubjekte erklären. Auch die Iheringsche Definition der subjektiven Rechte als „rechtlich geschützter Interessen" führt dazu, die Interessendestinatäre als alleinige Subjekte der bezüglichen Rechte anzusehen.

[37]) (S. 150.) Man könnte für die Vertretung rücksichtlich der Entstehung und Endigung von Rechtsverhältnissen den Ausdruck „Stellvertretung" wählen und den Ausdruck „Vertretung" der Ausübung bestehender Befugnisse und Verbindlichkeiten vorbehalten, wodurch dem parallel laufenden Unterschiede zwischen rechtsgeschäftlicher und rechtlicher Macht Rechnung getragen werden würde.

[38]) (S. 153.) Die Möglichkeit einer mehreren Personen gemeinschaftlichen Rechtssubjektivität kommt in anderen Richtungen (z. B. bei Kollektivvertretungen, bei Korrealobligationen, Kodominien, Ober- und Untereigentum, insbesondere auch im Staatsrechte) vielfach vor. Die Teilung des Machtmomentes und des Interessenmomentes unter verschiedene Personen und deren Vereinigung zur einheitlichen Rechtssubjektivität, korrespondiert der Auseinanderhaltung und Vereinigung dieser beiden Momente im Begriffe des subjektiven Rechtes (§ 24 Z. 1). Die Anschauung, wonach das Interessensubjekt und das Machtsubjekt vereinigt das Rechtssubjekt bilden, entspricht den tatsächlichen Verhältnissen und scheint uns viel befriedigendere Folgerungen zu ergeben, als die einseitige Auffassung, welche den Pflegebefohlenen jede Rechtssubjektivität abspricht (z. B. Hölder Natürliche und juri-

stische Person S. 118 ff.), oder als die ebenso einseitige Ansicht, welche umgekehrt wieder nur den Pflegebefohlenen eine Rechtssubjektivität beilegt (z. B. Bierling Juristische Prinzipienlehre I. S. 213 f.). Vom Standpunkte der Normentheorie aus kann die Rechtssubjektivität willensunfähiger Menschen (Kinder, Wahnsinnige), nur als eine Fiktion, das heißt in Wahrheit überhaupt nicht erklärt werden.

39) (S. 159.) Gierke hat seine Theorie in zahlreichen Werken ausgeführt; zusammenfassend in der Schrift „Das Wesen der menschlichen Verbände". Gegen dieselbe insbesondere Hölder Natürliche und juristische Person S. 42 ff. und Bierling Juristische Prinzipienlehre S. 224 f. Wir können uns der Richtigkeit der Bemerkung bei Bierling, daß die sogenannte „Evolutionstheorie" Gierkes im Grunde nur darauf hinauslaufe, an die Stelle der Fiktion eine äußerst zweifelhafte Hypothese zu setzen, kaum verschließen. Eine tatsächliche Erscheinung kann aber durch eine unbegründete Hypothese ebensowenig erklärt werden, als durch eine Fiktion; letztere hat wenigstens eine gewisse Aufrichtigkeit wissenschaftlicher Resignation für sich.

40) (S. 171.) Die Möglichkeit des Fortbestandes von juristischen Personen trotz zeitweiligen Mangels an Interessenten (zumal bei Stiftungen) kann nicht in Abrede gestellt werden. Die Rechtslage ist ähnlich wie bei dem Bestande einer Machtsubjektivität zu Gunsten solcher Personen, die noch nicht geboren oder von denen nicht bekannt ist, ob sie noch am Leben seien. Es unterliegt keiner Schwierigkeit, kraft des altruistischen Prinzipes ein Wollen, daher auch eine rechtliche Macht des Wollens, vorzustellen, welches durch das Interesse unbekannter oder erst in Hinkunft ins Leben eintretender Personen determiniert ist. Würde freilich ein Interessensubjekt überhaupt, auch in Hinkunft, nicht vorhanden sein, so wäre auch kein Raum für eine rechtliche Macht und für ein Subjekt rechtlicher Macht vorhanden.

41) (S. 174.) In der Tat spielen bei den Versuchen, Verbandspersönlichkeiten, insbesondere Staatspersönlichkeiten, vorzustellen, zumeist auch ästhetische und ethische, wenn nicht gar politische Motive eine Rolle. Vgl. Gierke Deutsches Privatrecht I. Bd. S. 456 f., und Wesen der menschlichen Verbände S. 34 f.; Jellinek Allgemeine Staatslehre S. 141 ff.; Bernatzik Archiv für öffentliches Recht Bd. V S. 242 f. Wenn aber die Alternative nicht lautet: „Fiktion oder wahre Persönlichkeit", sondern: „Fiktion einer Persönlichkeit oder gemeinschaftliches Zusammenwirken zu gemeinschaftlichen Zwecken", so ist nicht abzusehen, warum diesem letzteren Begriffe nicht eine mindestens ebenso hohe ethische und ästhetische Bewertung zu teil werden

sollte, als dem Postulate eines weder in der menschlichen Erfahrung auffindbaren noch nach allgemeinen Gesetzen der Logik erkennbaren Gesamtwillenträgers. Kurz und kräftig bezeichnet A. Menger Neue Staatslehre S. 216 die „Staatspersönlichkeit“ als Fabelwesen.

[42]) (S. 176.) Staatssouveränität ist die soziale Übermacht der zur Wahrung der staatlichen Interessen bestellten, kollektiv zusammengefaßten Organe gegenüber den rechtlichen Machten der anderen innerhalb des Staatsgebietes vorhandenen Einzelpersonen oder Gesellschaften. In diesem Sinne, nicht als ein ethisches Prinzip, hat schon Rousseau Contrat social Buch 2 Kap. 3 die Volonté générale verstanden. Krabbe Die Lehre von der Staatssouveränität, will den Begriff der Staatssouveränität durch denjenigen der Rechtssouveränität ersetzen. Solange man das Recht bloß als eine normative oder ethische Potenz und den Staat als ihr Produkt ansieht, ist dieses Bestreben wohl begründet; sobald aber das Wesen des Rechtes in Regeln des tatsächlichen sozialen Verhaltens und das Wesen des Staates in der durch Rechtsregeln organisierten Gesamtheit aller Mitglieder der Rechtsgesellschaft findet, hat der Gegensatz zwischen Rechts- und Staatssouveränität keine wissenschaftliche Erheblichkeit.

[43]) (S. 190.) In diesem Belange ist der von Bekker Grundbegriffe des Rechtes, aufgestellte Begriff von „geistigen Realitäten“ statthaft. Unstatthaft aber ist der logische Sprung, aus der Möglichkeit und Wirklichkeit objektiver geistiger Realitäten unversehens eine Möglichkeit und Wirklichkeit subjektiver geistiger Realitäten zu machen, um derart eine Grundlage für die Annahme eines selbständigen Verbands- und Staatswillens zu gewinnen. Bekker vollzieht diese Metamorphose mit der Frage (S. 25): „Kann überhaupt irgend welche geistige Kraft in dem Körper stecken, der uns als Produkt des Verkörperungsprozesses gegenübersteht, warum nicht auch Wille (= Kraft zu wollen)?“ Ähnlichen Metamorphosen ist wohl in der Kindheit des Menschengeschlechtes der Polytheismus entsprungen. In der Tat mutet die Theorie von den diversen „Verbandswillen“ den realistisch denkenden Beurteiler ungefähr an, wie die aus religiösen Vorstellungen hervorgegangenen Personifikationen erhabener Naturerscheinungen, denen ja vermöge ihrer Wirkung auf den menschlichen Geist keine geringere „geistige Realität“ zukommt, als den menschlichen Werken.

[44]) (S. 196.) Gegen die Zulässigkeit und den Wert einer Unterscheidung zwischen sogenannten absoluten und relativen Rechten äußert sich neuestens Bekker a. a. O. S. 82ff. mit kräftigen Argumenten.

[45]) (S. 198.) Als Möglichkeit des Genusses bezeichnen das subjektive Recht auch Regelsberger Pandekten § 14; Schutze Privatrecht und Prozeß S. 50f.; A. Merkel Enzyklopädie des Rechtes § 159; Bernatzik Archiv für öffentliches Recht V. S. 232f. Allein in Konsequenz der herrschenden Grundanschauung wird jene „Möglichkeit" des Genusses bloß als eine ethische Beziehung aufgefaßt, zu welcher der staatliche Zwang gegenüber den Normunterworfenen äußerlich hinzutritt, während nach unserer Meinung eine wahre Synthese stattfindet, eine einheitliche Vorstellung tatsächlicher sozialer Genußmacht. Wie weit entfernt von dieser Synthese zumeist diejenigen sind, welche von einer „rechtlichen Genußmöglichkeit" sprechen, zeigt folgende Bemerkung bei Jellinek System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 56: „Genußmöglichkeit ist einer der großen Zwecke, welchen die Rechtsordnung für das Individuum verfolgt, allein dieser Zweck ist ökonomischer und ethischer, nicht mehr juristischer Natur, er liegt außerhalb der Rechtsordnung, wie der letzte Zweck menschlicher Dinge notwendig außer ihnen selbst liegt." Es wird hier augenscheinlich Genußmöglichkeit mit wirklichem Genuß verwechselt.

[46]) (S. 200.) Als Windscheid den Begriff „Anspruch" in die Rechtsliteratur einführte, wollte er damit das den zivilrechtlichen Klagen innewohnende materiellrechtliche Moment treffen. Aber eine Klarstellung dessen, worin dieses materiellrechtliche Moment besteht, wird durch die Anwendung eines neuen Namens ebensowenig erzielt, als wenn der Anspruch selbst wieder als Recht „anzusprechen" oder „zu verlangen" definiert wird. Während alles subjektive Recht ein Wohlfahrtsinteresse zum Gegenstande hat, ist nicht abzusehen, welches Interesse mit dem Rechte, eine Leistung „zu verlangen", befriedigt werden könnte. Die gleiche Definition in § 194 des DBGB. bezeichnet Bekker a. a. O. S. 336 als ein „unglückliches Gebilde"; dieser Kritik muß wohl jeder beipflichten, der von einem Gesetzbuche „beansprucht", daß es keine Wortumschreibungen vorbringe, sondern den Staatsbürgern sage, zu welchen realen, dem gesellschaftlichen Zusammenleben angehörenden Handlungen oder Unterlassungen sie berechtigt oder verbunden seien.

[47]) (S. 207.) Die Einteilung der subjektiven Rechte nach Maßgabe der öffentlichen und der privaten Interessen kommt in dieser Abhandlung nur insofern in Betracht, als zu zeigen ist, daß sie mit der Erklärung der subjektiven Rechte als sozialer durch Wohlfahrtsinteressen determinierter Machten übereinstimmt.

[48]) (S. 214.) Auch für die Besprechung der Einteilung der subjektiven Rechte in Herrschaftsrechte und in Vermögensrechte gilt analog das in der vorigen Anmerkung Gesagte. Es ist von keinem großen

Belang, wie man die einzelnen subjektiven Rechte klassifiziert. Unsere Absicht geht vornehmlich dahin, zu zeigen, daß die vermögensrechtlichen Forderungen nicht eine Macht über die Person des Schuldners, sondern die Macht, ihm einen Vermögenswert zu entziehen, beinhalten; so sagte schon Donellus: Est emin omnis obligatio in hoc comparata, ut adquirat quisque quod sua interest; und 1. 108 D. de Verb. Significatione definiert: „Debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest.

[49]) (S. 215.) Daß das subjektive Recht nicht eine bloße Summe der einzelnen zu ihm gehörenden Befugnisse bildet, wurde schon oft bemerkt. Es ist aber erforderlich, die Wandelbarkeit im Umfange der aktuellen Befugnisse als ein wesentliches Merkmal des subjektiven Rechtes zu begreifen. Tatsächliche Macht enthält nun in sich selbst schon das Merkmal einer Beschränkbarkeit durch entgegenstehende Machten und einer aus dem Wegfall entgegenstehender Machten resultierenden Ausdehrbarkeit innerhalb der durch den Zweck gesetzten Grenzen.

[50]) (S. 222.) Bei der Einteilung der Befugnisse in solche des (unmittelbaren) Genießens und des Nehmens können wir auf keinen Vorgänger hinweisen. Hin und wieder finden sich entfernte Anklänge an die Vorstellung rechtlichen Nehmens, z. B. bei Brinz Pandekten I. § 78 und § 98, insofern als er das „petere sine judice“ dem „petere per judicem“ materiellrechtlich gleichstellt und die actio als petere per judicem mit dem eingeklagten Rechte identifiziert. Doch schwankt auch seine Erklärung des „petere“ zwischen der Vorstellung der Verfolgung eines Rechtsgutes und der Vorstellung eines Verlangens, den Beklagten zu einer Leistung zu verhalten. Unsere Unterscheidung dürfte von allen jenen abgelehnt werden, welche bei der Meinung, das subjektive Recht sei etwas so Schattenhaftes, wie der bloße „Anspruch“, oder etwas so Schwächliches, wie das bloße Erbitten staatlichen Schutzes beharrend, die Auffassung des subjektiven Rechtes als rechtlich sozialer Macht nicht zu teilen vermögen.

[51]) (S. 238.) Daß sich der in § 6 Z. 1 entwickelte Begriff von „Macht“ auch zur Erklärung des Begriffes „Besitz“ eignet, ist ein wichtiger Beweis für seine Richtigkeit und Fruchtbarkeit. Man kann u. E. zu einem deutlichen Begriffe vom Besitze nicht gelangen, wenn man die Begriffe „Macht“ und „Kraft“ in der Vorstellung „Gewalt“ vermengt. Sicherlich ist die Besitzgewalt nicht in dem Sinne einer persönlichen Kraft des Besitzers, sondern im Sinne eines Verhältnisses, in welchem auch der Schwächste sich befinden kann, zu verstehen. Worin sollte oder könnte daher ein solches Verhältnis begründet sein, wenn nicht in den äußeren natürlichen Umständen,

welche den Besitzgegenstand von der Willensenergie des Besitzers abhängig machen? Nach § 309 österr. ABGB. ist Besitz die Macht oder Gewahrsam in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die die Sache als die „seinige zu behalten"; und wenn nach § 854 DBGB. der Besitzerwerb stattfindet, sobald der Erwerber „in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben", so bedeutet das „Inderlagesein" offenbar nichts anderes als den Komplex äußerer Umstände, durch welche eine natürliche Macht über die Sache begründet wird.

[52]) (S. 249.) Man sieht meistens das Lebensverhältnis als ein Faktum an, zu welchem infolge von Rechtsvorschriften eine ethische Beziehung, Rechtsverhältnis genannt, hinzutritt. Aber schon Savigny erklärte in seiner Schrift vom Berufe der Rechtswissenschaft S. 30: „Das Recht hat kein Dasein für sich, sein Wesen ist vielmehr das Leben der Menschen selbst, nur von einer besonderen Seite angesehen." Dieser Satz und seine Folge, daß Rechtsverhältnisse Lebensverhältnisse seien, ist seither tausendfach wiederholt worden. Die Frage aber, worin jene „besondere Seite" des gesellschaftlichen Lebens der Menschen, in der es als Rechtsleben und seine Regeln als Rechtsregeln erscheinen, bestehe, ermangelt einer bündigen Antwort. Wir finden sie darin, daß durch das Rechtsleben gesellschaftliche Machten hervorgebracht werden, welche, da sie dem Leben angehören, lebendige, das heißt tatsächliche, und da sie dem gesellschaftlichen Leben angehören, soziale Machten sind.

[53]) (S. 252.) Es ist gewiß eine der merkwürdigsten Erscheinungen, daß über die Frage, ob der „Zwang" oder die „Erzwingbarkeit" ein wesentliches Merkmal des positiven Rechtes und der subjektiven Berechtigungen ist, unter den Rechtsgelehrten seit jeher in zahllosen Schriften gestritten wurde und noch immer gestritten wird. Wir glauben nicht, daß eine ähnliche Unklarheit in irgend einer anderen Wissenschaft, die sich mit Erfahrungsobjekten befaßt, rücksichtlich einer so grundlegenden, den Gegenstand sowohl in kausaler, als in finaler Richtung in so eminenter Weise ergreifenden Frage, konstatiert werden kann. Sie ist auch auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft nur daraus erklärlich, daß diese das Problem überhaupt nicht lösen kann, solange sie ihren Gegenstand nicht im tatsächlichen sozialen Leben, sondern in irgend welchen an die einzelnen Rechtsgenossen ergehenden Geboten und Verboten sucht. Denn auf der einen Seite enthält der Begriff von Geboten und Verboten schlechterdings nichts von „Zwang"; auf der anderen Seite ist die aus allen Lebenserfahrungen geschöpfte Überzeugung, daß niemals ein positives Recht bestanden hat, und daß kein positives Recht bestehen kann, dessen

Geltung ausschließlich vom guten Willen jedes einzelnen Rechtsgenossen abhängig wäre, eine ganz unanfechtbare. Man verzichte jedoch einmal auf die Identifizierung von Rechtsregel und Norm und lasse tatsächliche Regelmäßigkeit als die primäre Geltungsart der Rechtsregeln zu. Sofort verschwindet der Gegensatz von Rechtsregel und Leben. An die Stelle der Erzwingbarkeit tritt die soziale Macht, an die Stelle des Zwanges die Betätigung sozialer Macht; und beide Begriffe haben zugleich eine das ganze Rechtsleben ergreifende und erklärende Bedeutung, während die Begriffe „Erzwingbarkeit" und „Zwang" einer solchen universellen Bedeutung ermangeln (vgl. § 3 Z. 4).

[54]) (S. 265.) Der materiellrechtliche Charakter der Zwangsvollstreckung als Parteihandlung wurde schon von Unger System des österreichischen allgemeinen Privatrechtes II. S. 685 anerkannt („Der einfache Exekutionsantrag enthält materiell eine wirkliche und wahre Actio judicati"), sodann von Schultze Privatrecht und Prozeß I. S. 67 und seither öfters hervorgehoben. Derselbe Gedanke liegt dem § 674 DZPO. zu Grunde, wenn er den Gerichtsvollzieher als Beauftragten des Gläubigers bezeichnet.

[55]) (S. 268.) Die Ausführung über die Befugnis des Berechtigten, das Rechtsgut im Streitwege an sich zu nehmen, wurde auf das Vermögensrecht beschränkt, weil sie auf diesem Gebiete besonders plastisch hervortritt. Bei den persönlichen Rechten (den öffentlichen sowohl, als den privaten) tritt infolge des Umstandes, daß Besitz und Recht (natürliche und rechtliche Macht) bei ihnen fast durchgängig zusammenfällt, das Nehmen, insbesondere das Nehmen im Streite, selten hervor. Doch zeigt es sich im subjektiven Rechte des Hausvaters, das seiner Gewalt entratene Kind wieder in seine Gewalt zu bringen, sowie in den Rechten der staatlichen Organe, die ihnen (durch Widersetzlichkeiten, durch kriegerische Überfälle oder sonstwie auf was immer für Art), entzogenen physischen Voraussetzungen der Ausübung ihrer dienstlichen Befugnisse und Verbindlichkeiten mit staatlicher Hilfe wieder zu erlangen.

[56]) (S. 273.) Daß Unterlassungen von Handlungen, obwohl sie Willensakte sind, niemals einen natürlichen Erfolg verursachen, wird in der neueren Rechtsliteratur meistenteils eingesehen. (Liszt Deutsches Strafrecht § 30). Der „wissenschaftliche Streit um die Kausalität der Unterlassung, einer der unfruchtbarsten, welche die strafrechtliche Wissenschaft je geführt hat" (wie Liszt a. a. O. sich ausdrückt), wäre aber gar nicht entstanden, wenn berücksichtigt worden wäre, daß es noch andere Tatsächlichkeiten gibt, als die dem Kausalitätsgesetze unterliegenden Veränderungen in der natürlichen Außenwelt. Wenn

man sagt: „Etwas ist normenwidrig", so muß man sich einen positiven Begriff von diesem „Etwas" bilden. Hat man nun nichts anderes Tatsächliches im Auge als die Wirklichkeiten von Naturvorgängen, so muß man, um die Möglichkeit der Normenwidrigkeit von Unterlassungen einzusehen, auch diese in einen positiven Zusammenhang mit den Veränderungen in der Außenwelt zu bringen trachten. Liszt selbst kann sich dieser logischen Forderung nur dadurch entziehen, daß er im § 28 einen künstlichen Begriff von „Handlung" aufstellt („Handlung ist die willkürliche Verursachung oder Nichthinderung einer Veränderung in der Außenwelt"), welcher die Unterlassungen mitumfaßt. Hiedurch wird jedoch den Unterlassungen der Schein eines äußeren Geschehens verliehen und die formal logische Deduktion erleichtert, keineswegs aber ein wahrer Zusammenhang zwischen Unterlassung und Erfolg dargetan. Nach wie vor ist die Unterlassung als Nichthandlung, trotzdem ihr ein geistiger Willensprozeß zu Grunde liegt, in Bezug auf die Veränderungen in der Außenwelt ein leeres Nichts. Wohl aber wird die Unterlassung zu einem tatsächlichen Geschehen, wenn man sie nicht zu Veränderungen in der Außenwelt, sondern zu der Regelmäßigkeit eines rechtlich sozialen Verhaltens in Relation setzt und als ein Verhalten charakterisiert, das einer regelmäßigen Handlungsweise als Ausnahme von der Regel zuwiderläuft. Diese Charakterisierung setzt freilich wieder voraus, daß man das positive Recht als tatsächlich geltende Regel begreift, der gegenüber die einzelnen Unterlassungen, ebenso auch die einzelnen Handlungen, nicht unter dem Gesichtspunkte einer Willenskausalität, sondern eben nur insofern, als sie regelmäßig oder regelwidrig sind, in Betracht kommen. Hiedurch gewinnt man sowohl rücksichtlich der Unterlassungen als rücksichtlich der Handlungen den Begriff einer objektiven Rechtswidrigkeit, die ihrerseits wieder (gleichviel, ob sie an einer Willenskausalität oder an einem der Kausalität entbehrenden, rein geistigen Wollen haftet) einer ethischen Beurteilung nach Maßgabe der normativen Funktion der Rechtsregeln unterliegt.

[57]) (S. 277.) Dem Erfordernisse der strengen Auseinanderhaltung zwischen natürlicher Kausalität und objektiver Unrechtmäßigkeit im Strafrechte wird u. E. auch durch die von Binding (Normen und ihre Übertretung II. § 33) u. A. vorgenommene Trennung von „Tat" und „Handlung" und durch die Erklärung der Handlung als verwirklichter rechtlich relevanter Wille nicht Rechnung getragen. Denn solange die „Tat" nur als natürliche Veränderung vorgestellt wird, bedeutet die in der „Handlung" dazutretende „Veränderung in der Rechtswelt" im Sinne der Normenlehre doch nichts anderes als

Widersetzlichkeit gegen die jene Tat treffenden Normen. Eine solche Widersetzlichkeit als „Veränderung in der Rechtswelt" zu bezeichnen, heißt nur, ihr den Anschein eines tatsächlichen Vorganges geben, nicht aber den Charakter eines solchen feststellen. Ähnliches läßt sich von der bei Bierling (Juristische Prinzipienlehre III. Bd. § 37 bis 39) entwickelten Unterscheidung zwischen dem „rein Tatsächlichen" im Unrechte und einer damit verbundenen von einem Verschulden unabhängigen „Normenübertretung" sagen. Denn Bierling selbst erklärt, daß als Inhalt einer Rechtsnorm „natürlich" nur die an ein Willenssubjekt ergehende Anforderung, einen Zustand herzustellen, gedacht werden könne und will die sogenannte schuldlose Normübertretung nur als rechtliche Fiktion eines Verschuldens verstanden haben. Fiktionen können aber nicht verstanden werden, weil ihre Ausstellung selbst die Behauptung der Unwahrheit des Fingierten in sich schließt.

[58]) (S. 279.) Bei der begrifflichen Begrenzung des sogenannten „juristischen Ursachenbegriffes" dürfen daher u. E. durchaus keine anderen Momente als solche, die für das Kausalitätsverhältnis in der Natur in Betracht kommen, herangezogen werden; bei der Handlung in positivem, bei der Unterlassung in negativem Sinne. Insbesondere ist die Rücksichtnahme auf das normative Moment gänzlich auszuschließen. Nur ein vulgärer Sprachgebrauch darf sich gestatten, zu sagen, die Verursachung hänge von dem Urteile darüber ab, ob jemand „die Pflicht" zu handeln oder nicht zu handeln gehabt habe. Im wissenschaftlichen Sprachgebrauche gehört dieses Urteil, insofern das Wort „Pflicht" im Sinne der „Rechtsverbindlichkeit" verstanden wird, in die Sphäre der objektiven Rechtmäßigkeit und Unrechtmäßigkeit, und insofern das Wort: „Pflicht" im ethischen Sinne verstanden wird, in die Sphäre der Schuld und Schuldlosigkeit. Dies gilt insbesondere von dem Begriffe einer juristischen „adäquaten Verursachung", und zwar ebenso dann, wenn diese im Sinne einer subjektiven Voraussehbarkeit des Erfolges, als auch dann, wenn sie im Sinne einer objektiven Voraussehbarkeit des Erfolges erklärt wird. Denn die Voraussehbarkeit bildet niemals ein Glied in der Kausalkette der natürlichen Erscheinungen. Wer einen Erfolg vorsätzlich herbeiführt, bewirkt in der Natur genau dasselbe, wie derjenige, welcher den Erfolg seiner Handlung nicht voraussah und nicht voraussehen konnte. Die Voraussehbarkeit der Wirkung kommt daher nur bei der Beurteilung, ob eine Willenskausalität rechtmäßig oder unrechtmäßig, ferner, ob sie eine schuldhafte oder eine nicht schuldhafte ist, niemals aber bei der Beurteilung, ob eine Willenskausalität überhaupt vorliegt, in Betracht.

59) (S. 283.) Die Frage, ob jedes Unrecht ein subjektives Recht verletze, ist bekanntlich sehr strittig. Wir kommen, wenn auch in verschiedenem Gedankengange, in diesem Punkte zu einem ähnlichen Ergebnisse, wie Bierling (Juristische Prinzipienlehre II. § 37 Z. 3 und § 39 Z. 6).

60) (S. 290.) Man darf gegen das hier Gesagte nicht einwenden, daß der Wille des Unrechttäters nicht auf die Unrechtmäßigkeit als solche, sondern auf einen natürlichen Erfolg oder auf das Ausbleiben eines natürlichen Erfolges gerichtet ist. Gewiß mordet, stieht, brandlegt, notzüchtigt niemand, um die Rechtsregeln zu verletzen, aber es wird auch nicht, oder doch nur in seltenen Fällen, Mord, Diebstahl, Brandlegung oder Notzucht begangen, um den äußeren Erfolg der Handlung herbeizuführen oder um dem Berechtigten ein Rechtsgut zu entziehen oder zu beschädigen. Motiv und Endzweck ist überall die Befriedigung einer Lust (Rache, Bereicherung, Haß, Sinnengenuß) des Unrechttäters. Maßgebend für den Begriff der rechtlichen Schuld ist daher nur, daß die objektive Unrechtmäßigkeit vom Wollen mit ergriffen wird, indem sie dem Täter als Mittel für seine Lustbefriedigung gegenwärtig war, oder doch bei Aufwand der normalen, der Regel des rechtlich sozialen Verhalten gemäßen, Aufmerksamkeit zum Bewußtsein gekommen wäre. Löffler Die Schuldformen des Unrechtes I. S. 5, definiert die Schuld als „den Inbegriff der strafrechtlich relevanten Beziehungen der Innerlichkeit eines Menschen zu einem sozial schädlichen Erfolge seiner Handlungen". Wenn die Worte „strafrechtlich relevanten" soviel heißen sollen, als „nach positivem Rechte Bestrafung des Täters veranlassenden", so enthielte die Definition, da sie sich bloß auf strafbare Schuld bezieht, einen logischen Zirkel. Rechtliche Schuld muß, auch wenn sie strafbar ist, ohne Rücksicht auf die Straffolge begriffen werden können. Wenn ferner die Worte „sozial schädlichen Erfolge" auch solche Schädlichkeiten, die in einem gegebenen positiven Rechte nicht beachtet, vielleicht gar als Nützlichkeiten behandelt werden, umfassen würden, so wäre kein positivrechtlicher, sondern ein idealrechtlicher Schuldbegriff definiert. Die Definition hätte demnach u. E. zu lauten: „Strafrechtliche Schuld ist die Beziehung des inneren Wollens (der Selbstbestimmung) eines Menschen zu einer mit seiner Handlung oder Unterlassung verbundenen Schädigung strafrechtlich geschützter Interessen."

61) (S. 297.) Unter moralischen Normen sind die aus idealen Rechtssätzen resultierenden mitverstanden (§ 11). Auch in diesem Zusammenhange muß vor der Identifizierung der Begriffe positives Recht und Gesetz gewarnt werden. Der bekannte Gegensatz, welcher zwischen

der Theorie **Bindings**, das Unrecht sei Verletzung des (von **Binding** als Rechtsnorm gedachten) **objektiven Rechtes** und der Theorie **Liszts**, das Unrecht sei Verletzung eines **Rechtsgutes**, obwaltet, wird überbrückt, wenn — im Sinne unserer Auffassung — einerseits die Begriffe Recht und Gesetz auseinandergehalten werden, und andererseits der Begriff „Rechtsgut" als positivrechtlich gewährleistetes Interesse aufgefaßt wird. **Gesetzwidrigkeit** ist nur insofern **Rechtswidrigkeit**, als die im Gesetze liegende Rechtsquelle tatsächlich geltendes Recht vermittelt. Es ist daher unrichtig, den Gegensatz, in welchem ein Verhalten mit dem Inhalte eines Gesetzes steht (wie **Binding** es tut) der Definierung des Begriffes „Rechtswidrigkeit" zu Grunde zu legen, und es muß **Liszt** beigepflichtet werden, wenn er (Deutsches Strafrecht § 32) sagt, das materielle Wesen, der antisoziale Gehalt der Unrechtes sei nicht von einer gesetzlichen Vorschrift bedingt. Dagegen wäre es durchaus unrichtig, eine gleiche Unabhängigkeit des Unrechtes **vom positiven Rechte** anzunehmen; denn im Rechtsleben kommen die sozialen Interessen nicht an und für sich, sondern bloß insofern, als sie mit sozialen Machten ausgestattet sind, in Betracht.

[62]) (S. 302.) **Unger** Handeln auf eigene Gefahr. Auch abgesehen von der Frage des Verschuldens kann eine Inversion des Satzes: „Unrechtmäßiges Verhalten hat in der Regel die Entstehung eines Schadenersatzanspruches zur Folge" in den Satz: „Schadenersatzansprüche sind immer nur die Folge eines unrechtmäßigen Verhaltens", logischerweise nicht Platz greifen. Insbesondere handelt derjenige, der eine fremde Anwartschaft auf ein Recht (§ 24 Z. 2) vereitelt, an sich nicht unrechtmäßig, weil das Recht noch nicht besteht, vielleicht niemals bestehen wird; gleichwohl kann die Vereitlung einer Anwartschaft positivrechtlich einen Tatbestand für die Entstelung eines Ersatzanspruches abgeben. Desgleichen kann das positive Recht (sei es Gesetzes-, Gewohnheits- oder Gefühlsrecht) eine Überwälzung von Schäden auf eine andere Person auch in solchen Fällen zulassen, wo diese andere Person nicht bloß schuldlos ist, sondern überhaupt nicht gehandelt hat, aus Gründen also, welche gar nicht in einer Unrechtmäßigkeit, sondern in einem aus irgend welchen sozialpolitischen Erwägungen, die zugleich rechtspolitische sind, abgeleiteten Prinzipe der Gefahrenverteilung liegen.

[63]) (S. 304.) Das principium erroris liegt überall in der ungenügenden Berücksichtigung der sozialen Natur des Rechtes. Würde man sich stets gegenwärtig halten, daß Rechtsverhältnisse, auch wo sie Privatinteressen betreffen, diese immer nur insofern zum Gegenstande haben, als es im sozialen Interesse liegt, sie mit rechtlicher Macht auszustatten, oder durch rechtliche Machten zu beschränken, so würde

man leicht einsehen, daß die Rechtsverhältnisse niemals durch irgend welche Tatbestände (Naturereignisse, Rechtsgeschäfte, Interessenschädigungen usw.) an und für sich zur Entstehung gelangen können, sondern immer nur durch das rechtlich soziale Verhalten, dessen Anwendung vom Tatbestande bedingt ist und ausgelöst wird.

[64]) (S. 307.) Besserung und Unschädlichmachung des Unrechttäters sind zum Teil in der Abhaltung künftigen Unrechtes enthalten. So weit sie darüber hinausgehen, erscheinen sie nur als sporadische Nebenzwecke des positiven Strafrechtes, durften daher in unserer bloß dem Wesen des letzteren gewidmeten Ausführung unberücksichtigt bleiben.

[65]) (S. 316.) Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes sind weder irgend welche „Herrscherrechte auf Gehorsam" (Binding a. a. O. I. § 45) noch konkrete vom Unrechttäter angegriffene „Rechtsgüter" (Liszt a. a. O. § 13). Denn weder der begangene Ungehorsam noch der begangene Angriff auf das konkrete Rechtsgut wird durch die Strafe abgewehrt oder abgehalten. Von einem Zwecke kann immer nur im Hinblick auf etwas Künftiges gesprochen werden. Das Interesse, welches durch die Befugnisse und Verbindlichkeiten der staatlichen Organe, Strafen zuzufügen, beziehungsweise durch die Ausübung dieser Befugnisse und Verbindlichkeiten gewährleistet ist, kann immer nur als ein der Gewährleistung zugängliches, also zur Zeit der Strafverhängung noch bestehendes, das Delikt überdauerndes vorgestellt werden. Dieses Interesse ist die Abhaltung ähnlicher Handlungen oder Unterlassungen, identisch mit der Sicherung der Gesamtheit aller, dem im konkreten Falle angegriffenen Sonderinteresse gleichartigen, Interessen der Rechtsgenossen. Es ist also ein selbständiges Rechtsgut, welches nur durch strafbare Handlungen oder Unterlassungen angegriffen wird.

[66]) (S. 320.) Die herrschenden Meinungen müssen bei der Betrachtung des Strafunrechtes, da sie dessen besondere Beziehung zum staatlichen Abhaltungszwecke nicht ins Auge fassen, dazu kommen: entweder sich mit der bloßen Nominaldefinition zu begnügen, oder (wie z. B. Liszt a. a. O. I. § 26 und § 44) zu erklären, „daß das Strafunrecht mit dem Privatdelikte alle Merkmale teile und sich von diesem Inhalte nur durch seine größere Gefährlichkeit unterscheide". Im ersten Falle wird auf ein wissenschaftliches Prinzip der Strafbarkeit verzichtet, diese als Gegenstand eines Beliebens des Gesetzgebers, somit als eine zufällige Erscheinung hingestellt. Im zweiten Falle wird zwar ein sachliches Merkmal aufgestellt, jedoch ein sloches, das aller Erfahrung zuwiderläuft. Denn sicherlich wäre die Behauptung unstichhältig, daß eine Besitzstörung, oder die, wenn auch nicht

strafbare Schädigung einer weitverzweigten Genossenschaft oder Stiftung durch leichtsinnige Gebarung des Vorstandes weniger gefährlich sei, als eine jener täglichen Verbalinjurien, welche strafrechtlicher Sanktion unterliegen, oder daß die leichtsinnige Krida eines kleinen Gewerbsmannes gefährlicher sei, als das Falliment eines großen Handlungshauses mit weitverzweigten geschäftlichen Beziehungen, welches auf keine strafbare Fahrlässigkeit zurückgeführt werden kann. Gibt es doch überaus gefährliche Handlungen, insbesondere in industriellen, montanistischen, dem Transporte dienenden, sportlichen Unternehmungen und Betrieben, denen gegenüber die Interessen dritter Personen keinerlei strafrechtlichen Schutz genießen. Das wahre Unterscheidungsmoment ist eben nicht in der einzelnen schädlichen oder gefährlichen Handlung zu suchen, sondern in dem Interesse, welches die Allgemeinheit an der Abhaltung ähnlicher Handlungen nimmt. Dieses Abhaltungsinteresse kann bei, im einzelnen Falle ganz unerheblichen, jedoch häufig vorkommenden Interessenschädigungen viel größer sein, als bei sehr erheblichen Schädigungen, die im sozialen Leben selten vorkommen. Maßgebend ist, wie unter Z. 6 dieses Paragraphen ausgeführt wird, zumeist auch der Umstand, ob die Schädigungen oder Gefährdungen derartige sind, welche im einzelnen Falle gewöhnlich eine wenigstens annähernde Ersatzleistung gestatten oder solche, denen nur mittels strafrechtlicher Abhaltung begegnet werden kann.

